



CARLOS ALBERTO BATISTA CORREIA

Do Jogo de Fortuna ou Azar

O Atual Paradigma na Exploração Ilícita

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito

Orientador:

Doutor Frederico Augusto Gaio de Lacerda da Costa Pinto, Professor da
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Julho de 2015



CARLOS ALBERTO BATISTA CORREIA

Do Jogo de Fortuna ou Azar

O Atual Paradigma na Exploração Ilícita

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito

Orientador:

Doutor Frederico Augusto Gaio de Lacerda da Costa Pinto, Professor da
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Julho de 2015

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTIPLÁGIO

Declaro por minha honra que o trabalho é original e que todas as citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui grave falta ética e disciplinar.

*À minha filha Constança,
cujo sorriso de criança me preenche o coração*

*À minha avó Cândida,
que de mim criança tomou conta e me custa tanto ver padecer*

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Frederico da Costa Pinto, notável docente, por ter aceitado orientar a minha investigação, pela sua disponibilidade, amabilidade e compreensão na demora da realização da dissertação, o meu profundo agradecimento.

Ao Dr. Pedro Hubert, psicólogo especialista dos casos de ludopatia, pela amabilidade e disponibilidade em me explicar o contexto dos casos de adição ao jogo.

Aos Drs. Rui Pedro Antunes e Sílvia Freches, jornalistas de profissão, por me terem enquadrado na investigação que realizaram sobre o fenómeno do jogo de fortuna ou azar.

Ao Professor Doutor Pablo Guérez, docente na Facultad de Derecho da Universidad Autónoma de Madrid, pela preciosa explicação sobre o regime jurídico do jogo no ordenamento jurídico espanhol e suas consequências legais.

À Dra. Patrícia Luz, da Divisão Académica, por em outubro de 2007 ter acreditado que eu conseguiria recuperar o atraso do ano letivo no início da licenciatura em Direito.

A todos os meus colegas de licenciatura e mestrado o meu profundo agradecimento, pois sem vós não teria chegado até aqui.

ABREVIATURAS

AR – Assembleia da República

AT – Autoridade Tributária

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

EM – Estado(s)-Membro(s)

LJ – Lei do Jogo

OPC – Órgão de Polícia Criminal

RJO – Regime Jurídico do Jogo e Apostas *Online*

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJ/TJUE – Tribunal de Justiça/Tribunal de Justiça da União Europeia

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UE – União Europeia

DECLARAÇÃO SOBRE O LIMITE DE CARATERES

Declaro que o corpo da presente dissertação, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 199.568 carateres.

«Quanto a mim, perdi tudo até ao último tostão e rapidamente. Apostei no par vinte fredericos e ganhei; apostei cinco e voltei a ganhar, e deste modo mais duas ou três vezes. Acho que, em cinco minutos, fiquei com uns quatrocentos fredericos. Nessa altura deveria ter ido embora, mas nasceu em mim uma estranha sensação, um desafio ao destino, um desejo de o afrontar, de lhe mostrar a língua. Apostei o máximo permitido, quatro mil florins, e perdi. Depois, desnortado, tirei tudo o que tinha, apostei no mesmo e voltei a perder, após o que abandonei a mesa, aturdido.»¹

¹ FIÓDOR DOSTOIÉVSKI, *O Jogador*, trad. de Nina Guerra e Filipe Guerra, 7.^a ed., Lisboa: Editorial Presença, 2012, p. 29. A obra *O Jogador*, que reflete profundamente a própria biografia do autor, que terminou a obra em tempo recorde para pagar uma dívida de jogo, consiste num romance sobre a dependência do jogo desenvolvido nos casinos, em especial do jogo da roleta, na Alemanha da segunda metade do séc. XIX, e retrata a personagem de um jovem com forte sentido crítico, que descobre em si uma paixão compulsiva para o jogo.

SUMÁRIO

O jogo de fortuna ou azar não possui, atualmente, uma forte reprovação social. Todavia, o fenómeno do jogo de fortuna ou azar levanta várias questões relativas à proteção do património, à ludopatia, à defesa do desenvolvimento da personalidade da criança e do jovem, aos interesses fiscais do Estado e às medidas de desenvolvimento social, que alguns autores entendem como o bem jurídico-penal protegido pela incriminação da Exploração ilícita de jogo.

No entanto, pelo sistema de autorização regulamentada, e porque vários daqueles interesses, constitucionalmente protegidos, são também violados nos locais de jogo autorizado, parece que o legislador entendeu delimitar o bem jurídico em torno da ordem e tranquilidade pública.

O propósito deste estudo será perceber o que se visa proteger com o crime de Exploração ilícita de jogo. Para tal, importa definir o conceito de exploração e o conceito de jogo de fortuna ou azar.

Ainda, procuraremos saber se existem situações sem ressonância ético-social e quais as suas consequências.

ABSTRACT

Currently, gambling doesn't have a strong social disapproval. However, the phenomenon of gambling raises several issues related to property protection, compulsive gambling, the youngest personality development, the State taxes and social development measures, which some authors believe to be the protected legal interest in the criminalization of illegal gambling exploitation.

However, the authorization system, and because several of those interests, constitutionally protected, are also violated in the authorized gambling places, it appears that the legislator intended to define the legal interest as the order and public tranquility.

The purpose of this study is to understand what is protected with the illegal gambling exploitation. This will involve defining the concept of exploitation and the concept of gambling.

Still, we will try to know if there are situations without ethical and social resonance and what their consequences.

INTRODUÇÃO

Vivemos numa época de forte expansão do jogo de fortuna ou azar. Joga-se nos cafés, nas papelarias, nos quiosques de jornais, nas casas de apostas, pela televisão e pela *Internet*. Os nossos dias retratam fielmente a sociedade oitocentista onde a exploração e prática ilícitas de jogo tomaram enorme proporção. Hoje, como então, o legislador teve necessidade de conter o fenómeno do jogo. À data regulamentou a exploração de base territorial, confinando o jogo às denominadas zonas de jogo e a um número restrito de concessionárias. Agora, o legislador expande o jogo, permitindo a sua exploração *online* e sem restrição de operadores.

O fenómeno do jogo de fortuna ou azar levanta várias questões relativas à proteção do património, à ludopatia, à defesa do desenvolvimento da personalidade da criança e do jovem, aos interesses fiscais do Estado e às medidas de desenvolvimento social, que a doutrina maioritária considera constituírem o bem jurídico-penal protegido pela incriminação da Exploração ilícita de jogo.

Todavia, pelo sistema de autorização regulamentada, e porque vários daqueles interesses, constitucionalmente protegidos, são também violados nos locais de jogo autorizado, parece que o legislador entendeu delimitar o bem jurídico em torno da ordem e tranquilidade pública.

Cabe perguntar se, dada a alteração de paradigma e por se tratar de um crime de perigo abstrato de antiguidade secular, a Exploração ilícita de jogo conserva, ainda, dignidade penal e conformidade constitucional?

Porque o perigo não é elemento do tipo, devemos anuir à tese da presunção inilidível de perigo ou, pelo contrário, admitir a prova negativa do perigo nos casos sem ressonância ético-social?

O jogo de fortuna ou azar compreende uma determinada fisiologia necessária ao preenchimento do tipo penal da Exploração ilícita de jogo. A compreensão deste elemento normativo do tipo, em torno da livre vontade, do

jogo e aposta, da *alea* e do prémio, levanta inúmeras dificuldades aos tribunais, conduzindo a soluções jurisprudências díspares.

Para a nossa dissertação, o objeto de estudo e análise será o crime de Exploração ilícita de jogo da Lei do Jogo, não prescindindo da análise da sua versão no Regime Jurídico do Jogo e Apostas *Online*.

Com a análise e estudo do crime de exploração ilícita pretendemos responder às seguintes questões: (i) em que consiste um jogo de fortuna ou azar? (ii) Qual o objeto da exploração? (iii) Qual o bem jurídico-penal tutelado? (iv) E se teremos limites ao regime de exclusivo?

A escolha e formulação do problema constituíram a primeira etapa da investigação, cujo contacto foi propiciado pela elaboração de uma monografia na unidade curricular de Direito Penal Económico, que permitiu a perceção de inúmeras contradições na jurisprudência. Em função dos limites do trabalho, não alargaremos o estudo aos demais tipos penais relativos ao jogo de fortuna ou azar.

A nossa dissertação estará estruturada em três capítulos. No primeiro, iremos propor uma definição do jogo de fortuna ou azar. No segundo, excursaremos brevemente sobre o regime legal do jogo em Portugal. Por fim, iremos identificar o objeto da exploração, identificar e delimitar o bem jurídico, bem como identificar o elemento objetivo do tipo penal de Exploração ilícita de jogo.

CAPÍTULO I – DO JOGO DE FORTUNA OU AZAR: FISIOLOGIA E DELIMITAÇÃO

1. Enquadramento

O jogo de fortuna ou azar encontra-se, atualmente, regulado pelo Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de dezembro², diploma que é comumente entendido como a *Lei do Jogo*. Se bem que as alterações de que foi alvo, sobretudo as introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 10/95, lhe conferiram um maior substrato, a sua letra não dispõe sobre todas as categorias de jogo. Em rigor, a LJ apenas dispõe sobre algumas modalidades de jogo de fortuna ou azar, designadamente as exploradas nos casinos – vulgo jogos de casino –, sobre o jogo do bingo e sobre as modalidades afins do jogo de fortuna ou azar. De fora ficam as restantes modalidades de jogo de fortuna ou azar – os jogos sociais do Estado –, e apostas hípcas, bem como os jogos em que o resultado assente exclusiva ou fundamentalmente na perícia do jogador – os jogos de perícia.

Desde a primeira autorização da exploração do jogo de fortuna ou azar, na versão jogos de casino, permitida pelo Decreto n.º 14.643, de 03 de dezembro de 1927, assistiu-se a uma extensa e profunda legiferação sobre a realidade do jogo, sendo que em pouco menos de um século já se conceberam mais de três centenas de diplomas legais atinentes ao domínio do jogo. O emaranhado de leis é de tal ordem que se requer um constante labor para saber o que já foi alvo de alterações ou até mesmo revogado, sobretudo tacitamente.

Não pretendemos, neste estudo, abarcar toda a realidade relativa ao jogo, nem sequer todo o domínio do jogo de fortuna ou azar, mas tão-somente a temática relativa ao jogo de fortuna ou azar atinente aos tradicionais jogos de casinos, com particular incidência nos tipos penais de exploração ilícita de jogo quer de base territorial quer *online*.

Todavia, a fim de analisarmos estes tipos penais, temos de atender, por um lado, ao conceito de jogo de fortuna ou azar, que, aparentemente simples,

² Com as alterações últimas do Decreto-Lei n.º 64/2015, de 29 de abril.

intrinca uma complexa definição, requerendo em nosso entender uma delimitação segundo a sua fisiologia e outra por confrontação com as modalidades afins, pela partilha de algumas características.

2. Conceito de jogo de fortuna ou azar

O jogo de fortuna ou azar encontra consagração legal no art. 1.º, da LJ³, o Decreto-Lei n.º 422/89, dispondo que «são aqueles cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte». Aqui, o legislador articulou diversos conceitos dando corpo a um conceito de notória complexidade e ambiguidade, perceptível, desde logo, na definição de jogo.

Tendo presente que *omnis definitio periculosa*⁴, sobretudo em Direito, na definição de um conceito geral de jogo englobam-se várias realidades, umas relativas ao jogo, outras relativas às regras do jogo, outras ainda aos utensílios de jogo. Todavia, alguns autores procuraram defini-lo de acordo com as suas funções, como JOHAN HUIZINGA para quem «o jogo é uma atividade ou ocupação voluntária, exercida dentro de certos e determinados limites de tempo e de espaço, segundo regras livremente consentidas, mas absolutamente obrigatórias, dotado de um fim em si mesmo, acompanhado de um sentimento de tensão e de alegria e de uma consciência de ser diferente da “vida quotidiana”»⁵.

Quem entenda, como entendo, que nem tudo é jogo concluirá que não se pode confundir o jogo com a ação de jogar, enquanto efetivação da faculdade de agir, porque implicaria conduzi-lo à sua prática e não lhe reconhecer subsistência para além desta.

³ Adotamos a designação de «Lei do Jogo» numa perspetiva pragmática, já que entendemos que não se trata de um diploma geral sobre o jogo, mas apenas dos jogos de casino e das modalidades afins.

⁴ Neste mesmo sentido, ALTINA RENTO e ABEL LAUREANO, *Direito do Jogo: Legislação* Anotada, Lisboa: Quid Juris?, 1991, p. 21.

⁵ JOHAN HUIZINGA, *Homo Ludens: o Jogo Como Elemento da Cultura*, trad. de João Paulo Monteiro, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1971, p. 33.

Se percorrermos algumas das culturas com as quais temos lugares comuns, verificamos que na cultura espanhola o jogo consiste numa «*acción y efecto de jugar*»⁶, confundindo-se o conceito de jogo com a própria efetivação do jogo. Por seu lado, na conceção francesa «*Les jeux sont des divertissements de société, soumis à des règles convenues à l'avance et qui donnent lieu à une bénéfice matériel*»⁷, o que não configura uma conveniente densificação do conceito de jogo. Se apenas atendermos à primeira parte da formulação será forçoso concluir que tudo é jogo, desde que haja divertimento. Para reduzir a amplitude do conceito de jogo, a segunda parte da formulação converge o conceito de jogo *tout court*, com o conceito de jogo de fortuna ou azar.

Na cultura britânica, com larga tradição na prática do jogo, inexistente uma referência geral única ao conceito de jogo. As enciclopédias abordam a temática do jogo de várias perspetivas, dando nota da evolução histórica do jogo, da sua contextualização e repercussão na estrutura social. Mas, a definição mais densificada do jogo refere que «*Gambling is the betting or staking^[8] of something of value, with consciousness of risk and hope of gain, on the outcome of a game, a contest, or an uncertain event the result of which may be determined by chance or accident or have an unexpected result by reason of the bettor's miscalculation*»⁹, reconduzindo-o, assim, não só à noção de jogo que adotamos, tal qual uma atividade ou ocupação voluntária, mas também ao que no nosso ordenamento jurídico corresponde o jogo de fortuna ou azar.

No âmbito de uma investigação académica, AUGUSTO FRIAS, não concordando em pleno com as atuais definições, entende o «jogo como uma atividade do homem, que possui geralmente um carácter lúdico, regulada por regras que, fazendo dele parte integrante, vigoram durante um tempo determinado, são voluntariamente aceites pelos intervenientes, e que

⁶ *ENCICLOPEDIA Universal Ilustrada Europeo-Americana*, tomo XXVIII, segunda parte, Bilbao: Espasa-Calpe, S. A., 1926, p. 3072.

⁷ *LA GRANDE ENCYCLOPÉDIE*, vol. 11, Paris: Librairie Larousse, 1974, p. 6714.

⁸ Para melhor compreensão dos conceitos «*gambling*», «*betting*» e «*staking*» v. *OXFORD ADVANCED Learner's Dictionary*, sixth ed., Oxford University Press, 2000, pp. 106, 528 e 1260.

⁹ *THE NEW ENCYCLOPAEDIA Britannica*, vol. 7, U.S.A.: William Benton Publisher, 1974, p. 866.

determinam um resultado final, face à posição inicial dos intervenientes, de ganho ou perda, por força do seu carácter aleatório»¹⁰. Se bem que o autor perspetive tal definição de jogo para efeitos da sua investigação, que igualmente se situa no âmbito dos jogos de fortuna ou azar, todavia em sede de Direito Administrativo, afigura-se-nos preferível partir da definição de jogo de JOHAN HUIZINGA, em razão de dois aspetos estruturantes.

A definição daquele autor não reconhece que o aspeto lúdico está sempre presente na atividade de jogo. Em rigor, tratando-se de um jogo, o aspeto lúdico está sempre presente, pese embora em maior ou menor grau, ora não fosse o jogo uma atividade lúdica em si mesma, porquanto escapa ao princípio da realidade¹¹. Depois, também não se percebe a alusão do autor à posição inicial dos intervenientes, pois em várias modalidades de jogos a posição inicial pouco ou nada interfere no resultado do jogo¹², o que se deve precisamente ao seu carácter aleatório.

Posto isto, JOHAN HUIZINGA foi quem melhor alvitrou um conceito geral de jogo e é, pois, daquela ideia de atividade voluntária em que consiste a jogo *tout court* que devemos resgatar a noção de jogo de fortuna ou azar

2.1. A fisiologia do jogo

Compreender o conceito de jogo de fortuna ou azar implica ter presente o funcionamento desta modalidade de jogo, que requer a presença de elementos estruturantes: a livre vontade para a prática do jogo, a aposta, a *alea* (fortuna ou azar), o resultado e o prémio.

¹⁰ AUGUSTO FRIAS, *Jogos de Fortuna ou Aza: A Razão de ser de um Monopólio do Estado*, Tese de mestrado inédita, Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 4.

¹¹ ROLAND DORON e FRANÇOISE PAROT, *Dicionário de Psicologia*, Lisboa: CLIMEPSI Editores, 2001, p. 470.

¹² Concordante, todavia, num contexto geral de jogo, NUNO FATELA, *O Jogo Digital como Modelo da Crítica Social*, Tese de mestrado inédita, Lisboa: Universidade Lusófona, 2008, p. 12).

2.1.1 Livre vontade

A livre vontade para a prática do jogo, ou para a aposta, tanto pode consistir na iniciativa de jogo ou na mera adesão ao mesmo, mas será sempre um ato de vontade do jogador; e encontramos-la em todas as categorias de jogo, especialmente nos jogos de fortuna ou azar, onde a tensão é maior pelo desejo de fortuna.

Quer se trate de iniciativa ou de adesão à prática do jogo, ou para a aposta, estaremos sempre, quando lícito, perante um contrato de jogo ou de aposta, que nos termos do art. 1245.º, e seguintes, o CC remete para legislação especial. Ora se quanto ao tipo de declaração negocial não se levantam questões de maior, em que estaremos na maior partes das situações perante uma declaração negocial expressa¹³ com vista à prática de jogo ou de aposta, o mesmo já não se poderá dizer quanto à livre vontade do jogador. Haverá, contudo, casos em que a vontade do jogador não é livre, precisamente por ser determinada por uma forte adição ao jogo – os quadros clínicos de ludopatia.

2.1.2 Jogo e aposta

Para entendermos o conceito de jogo de fortuna ou azar teremos, também, de nos debruçar sobre a figura da aposta. É essencial perceber que são realidades distintas, não só para sistematizarmos o próprio conceito, como também para concluirmos que, no que concerne ao jogo de fortuna ou azar, todo o jogo requer a aposta¹⁴, mas nem toda a aposta assenta num jogo¹⁵.

¹³ Por exemplo quando o jogador coloca as suas fichas de jogo num determinado número na mesa da roleta francesa, adotando assim um «meio direto de manifestação da vontade», nos temos do art. 217.º, n.º1, do CC. Todavia, já estaremos perante uma declaração negocial tácita se o jogador, tendo ganho determinado prémio, não o recolhe e permite que fique no número de aposta anterior, emitindo desta forma uma nova declaração negocial. Aqui, retira-se um conteúdo direto do seu comportamento – não receber o prémio, «mas implica e torna cognoscível, *a latere*,» um outro – uma nova jogada (CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed. act., Coimbra: Coimbra Editora, 1994, pp. 42-425).

¹⁴ Concordante SEBASTIÁN LÓPEZ MAZA, *El Contrato de Juego y Apuesta en el Ámbito Civil*, Navarra: Editorial Aranzadi, 2011, p. 93.

O jogo e aposta vêm consagrados no CC, que não os distinguindo, dispõe que «não são contratos válidos nem constituem fonte de obrigações civis; porém quando lícitos, são fonte de obrigações naturais»¹⁶.

Têm sido esboçados vários critérios com vista à distinção das duas figuras, mas determinar os critérios de delimitação do jogo da aposta tem sido uma tarefa árdua, pejada de controvérsia e argumentação. MOTA PINTO vê na «heterogeneidade de elementos que integram o jogo e a aposta» e na querela entre os defensores das várias teorias que procuram erguer os seus critérios de distinção do jogo da aposta, acima dos restantes, os principais obstáculos à delimitação das figuras. O Professor Doutor vai, ainda, mais longe dizendo que a distinção preconizada pelas várias teorias é irrelevante do ponto de vista jurídico¹⁷. Ora, se por um lado concordamos com a primeira afirmação, já a segunda – da irrelevância da distinção – nos merece alguns reparos.

Adeptos de teorias distintas, alguns autores procuram distinguir as figuras do jogo e da aposta tendo por critérios a natureza do acontecimento, os fins tidos em vista pelas partes, a incerteza quanto ao facto e ao conhecimento do facto (critério germânico), a natureza extrajurídica do jogo¹⁸ e, por fim, a participação dos contratantes no acontecimento (critério romano)¹⁹.

Uma recente teoria, com maior eco na doutrina italiana, entende que o jogo possui uma natureza extrajurídica, tal qual a religião ou a arte, não lhe atribuindo relevância sem a aposta. Defende que o Direito só se interessa pela figura do jogo quando haja aposta, sendo o jogo «pressuposto de facto (...) do

¹⁵ Segundo PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA quando associamos ao jogo um interesse económico surge a aposta, além de que esta não depende do jogo, porquanto poderá assentar noutro facto incerto e imprevisível (*Código Civil Anotado*, vol. II, 3.^a ed. rev. e act., Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 852), como nas situações em que se aposta sobre quem será o próximo Papa [Em linha], [consult. 11 set. 2013], disponível em <http://www.paddypower.com/bet/novelty-betting/current-affairs/pope-betting>.

¹⁶ Art. 1245.º do CC. O CC apenas distingue entre contratos ilícitos e lícitos. Os ilícitos são relativos aos jogos e aposta que dependem única ou fundamentalmente da sorte (caso dos jogos de fortuna ou azar); os lícitos são relativos aos jogos autorizados ou aos tolerados. Aqueles são os jogos ilícitos quando autorizados (caso dos jogos de fortuna ou azar), os tolerados são os jogos que dependem essencialmente da perícia do jogador (jogos de perícia).

¹⁷ CARLOS MOTA PINTO, *et al.*, *Jogo e Aposta: Subsídios de Fundamentação Ética e Histórico-Jurídica*, Coimbra: Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, 1982, pp. 8-9.

¹⁸ Posição adotada por RUI PINTO DUARTE, «O jogo e o Direito», in *Thémis*, ano II, n.º 3, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2001, p. 74.

¹⁹ Quanto à denominação dos critérios v. SEBASTIÁN LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pp. 26-27.

contrato de aposta»²⁰. É por esta razão que alguns autores tendem a considerar irrelevante a distinção entre as duas figuras. Nestes termos, e se não olharmos atentamente as duas figuras, não será difícil entender que estarmos perante duas formas que se confundem numa única realidade.

A teoria que se nos afigura mais adequada, sendo igualmente mais sufragada pela maioria da doutrina, distingue as figuras do jogo e da aposta pela participação ou não participação das partes no acontecimento. Teremos um jogo sempre que os contraentes participem ativamente na realização do acontecimento. Será uma aposta quando as partes não participem no acontecimento do qual depende o resultado. Sempre que os participantes de um jogo contratem entre si, em função da possibilidade de um ganho ou de uma perda, teremos um contrato de jogo, apesar de se realizarem apostas.

Entendemos que teremos um contrato de jogo sempre que, pelo menos, uma das partes tenha uma participação no processo de jogo. Em rigor, não se requer que todas as partes participem ativamente no processo de jogo, como acontece, por exemplo, com o *croupier* em alguns jogos de casino onde as regras e as componentes técnicas apenas permitem a este ter uma parte ativa no desenvolvimento do jogo. No jogo, diferentemente da aposta, são os participantes que «participam na criação dos pressupostos, das condições de que depende a verificação do facto a que está subordinada a prestação acordada»²¹. Desta feita, remetemos a aposta para as situações em que as partes contratantes não participem no acontecimento ou quando participem não revista a natureza de um jogo.

A distinção entre as duas figuras, longe de ser inócua, permite perceber quando temos um jogo de fortuna ou azar ou uma mera aposta. Enquanto àquele se lhe refere a LJ, a esta aplica-se lei especial, que não versa sobre todo o tipo

²⁰ Posição defendida por CARLOS MOTA PINTO, *et al.*, que entende, no entanto, que o jogo se trata de uma atividade destinada à diversão e logo inútil do ponto de vista económico, apenas tomado como referência para o Direito quanto sobre ele assente a possibilidade de uma perda ou de um ganho económico, logo uma figura instrumental e secundária da aposta (*op. cit.*, pp. 9-15)

²¹ Assim, por exemplo, o «Totoloto», o «Euromilhões» e o «Poker» (CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *et al.*, *op. cit.*, p. 13).

de apostas²², *maxime* as relativas a eventos não desportivos. Não concordamos, por isso, com a afirmação de autores que não veem na distinção das duas figuras um interesse prático, já que se determinada atividade não constituir um jogo de fortuna ou azar, mas uma aposta, não se poderá subsumir à LJ, e na inexistência de um quadro jurídico especial será um contrato não válido, nos termos do CC, mas sem previsão penal ou contraordenacional, logo sem estatuição para além da lei cível. Conduzem-se a estas situações o caso das comezinhos apostas, cobertas pelo uso social, entre duas pessoas que estão em desacordo quanto a um determinado acontecimento passado, presente ou futuro, em que apostam uma pequena quantia monetária, ou coisa com reduzido valor pecuniário, bem como as apostas *online* sobre eventos não desportivos, estas, porém, com possibilidades de ganho de valores substanciais.

2.1.3 A aleatoriedade: a fortuna e o azar

A LJ recorre ao termo «contingência» (art. 1.º) para se referir à aleatoriedade existente no jogo. Não lhe sendo exclusiva, a aleatoriedade é uma característica do jogo de fortuna ou azar e traduz um acontecimento futuro e incerto²³.

Dizendo que o resultado assenta – exclusiva ou fundamentalmente – na «sorte», a LJ não dispõe sobre o seu significado. Adicionalmente, vários autores referem-se-lhe como a ausência de azar. Tal acresce pouco à determinação do elemento a que o legislador recorre na definição de jogo de fortuna ou azar, pelo que devemos entender a «sorte» e o «azar» como possibilidade de ganho ou de

²² Não é de considerar jogo de fortuna ou azar o concurso de aposta denominado «Totobola», porque, não obstante o art. 1.º do seu Regulamento, em anexo à Portaria n.º 39/2004, de 12 de janeiro, o consagrar como jogo social do Estado, e a LJ se lhe referir como jogo de fortuna ou azar, nos termos do art. 161.º, n.º 3, em rigor não se trata de um jogo, mas de um sistema de apostas. Não são as partes (Santa Casa da Misericórdia de Lisboa e apostadores) que participam no jogo, porque nenhuma intervém no início ou no desenrolar do jogo subjacente ao sistema de apostas, mesmo que o resultado dependa exclusiva ou fundamentalmente da sorte.

²³ Assim SEBASTIÁN LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, p. 142.

perda, para determinado jogador, materializada no resultado de um jogo em que a aleatoriedade é o elemento dominante²⁴.

Não iremos tão longe quanto os autores que negam a existência da sorte e do azar, mas concordamos quando afirmam que devido a estes elementos geram-se várias superstições relacionadas com o jogo, dando lugar a um fenómeno psíquico – o palpite²⁵, que surge, na maioria das vezes, associado a situações de adição ao jogo. Todavia, a fim de lhe afastar a carga metafísica, preferimos retratar a «sorte» em termos jurídicos, referindo-nos ao termo «*alea*»²⁶.

O elemento *alea* está presente em várias categorias de jogo, como nos jogos de perícia, em que o resultado não depende da predominância da *alea*. Mas, para estarmos perante um jogo de fortuna ou azar não basta que excluamos os jogos em que a *alea* não seja dominante. Outras categorias de jogo, como as «modalidades afins ao jogo de fortuna ou azar», ou as apostas desportivas²⁷, partilham a essencialidade daquele elemento. Também nestas categorias a *alea* é determinante para o resultado, não sendo relevante, quando exista, a perícia do jogador²⁸.

É com referência à *alea* que estudiosos do fenómeno do jogo procuram classificar as diversas modalidades de jogo. Apesar das várias classificações que alguns autores adotam para os jogos de fortuna ou azar, de que são exemplos a

²⁴ As definições dos termos «sorte» e «azar» adotadas, no *Dicionário de Língua Portuguesa Contemporânea*, segundo a qual a primeira consiste numa «Força imaginária que supostamente condiciona os acontecimentos, as circunstâncias (...), independentemente da vontade humana», e a segunda uma «Sorte adversa» (*op. cit.*, p. 3457 e p. 445, respetivamente), não nos parecem corretas. A «sorte» e «azar» não são forças imaginárias, porque, por um lado, o que é imaginário não tem manifestação exterior e, por outro, não condiciona nada.

²⁵ V. VICTORINO COELHO, *A Fisiologia do Jogo*, Lisboa: Livraria Central, 1912, pp. 56-58. Com frequência os jogadores determinam a sua participação no jogo e o sentido da sua aposta de acordo com simples coincidências, como por exemplo os números de uma chapa de matrícula de um carro interveniente num acidente.

²⁶ Elemento que «indica la probabilidad de una ventaja con la inherente probabilidad de una pérdida» (TERESA ECHEVARRÍA DE RADA, *Los Contratos de Juego y Apuesta*, Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1996, p. 93).

²⁷ Corresponde à categoria dos denominados «jogos sociais do Estado» regulados em vários diplomas especiais e assim designados por serem explorados, com intuito benemérito, pela Santa Casa da Misericórdia, sob tutela do Estado.

²⁸ As «modalidades afins aos jogos de fortuna ou azar» consistem em jogos cujo resultado é, também, determinado essencialmente pela sorte, distinguindo-se da forma pura dos jogos de fortuna ou azar devido a limitações de ordem legal. Por seu lado, os «jogos sociais do Estado» são, na sua maioria, verdadeiros jogos de fortuna ou azar, não obstante o distinto tratamento jurídico que o legislador lhe confere.

classificação entre «*juegos de suerte y azar puro*» e «*juegos mixtos de azar y habilidad*» ou, para outros autores, entre «jogos de azar» e «jogos de parar», todos distinguem as modalidades de jogo com referência à *alea*. Os «*juegos de suerte y azar puro*» são, indistintamente, o mesmo que «jogos de azar», bem como os «*juegos mixtos de azar y habilidad*» são, materialmente, o mesmo que «jogos de parar»²⁹. A fim de distingui-los, cabe referir que nos primeiros não interfere o estudo, habilidade ou prática do jogador, devendo-se, unicamente, ao acaso a possibilidade de ganho ou de perda. Nos segundos, a par da predominância da *alea*, o jogador tem conhecimento das leis e efeitos do jogo por forma a tentar o domínio das *chances* contrárias e o aproveitamento das favoráveis.

A distinção entre «jogos de azar» e «jogos de parar» permite que alguns autores recusem a classificação destes como verdadeiros jogos de fortuna ou azar, porquanto, além do elemento *alea*, encontramos outros elementos intervenientes no resultado do jogo.

Longe de se tratar de semântica, esta classificação teve eco no processo de legiferação que permitiu a exploração do jogo de fortuna ou azar, pela autorização regulamentada, com o Decreto n.º 14:643, de 3 de dezembro de 1927. Definiram-se os jogos de fortuna ou azar como «Os jogos cujos resultados são inteiramente contingentes, não dependendo a perda ou o ganho da perícia, destreza, inteligência ou cálculo do jogador» (art. 1.º). Por recurso ao termo «inteiramente» o legislador escolheu, de forma intencional, a classificação de «jogos de azar» esboçada por VICTORINO COELHO.

Uma leitura menos atenta do preceito poderia conduzir a uma interpretação restritiva, não permitindo que nos jogos de azar concorra outro qualquer elemento distinto da *alea*, v.g. a perícia, destreza, inteligência ou cálculo do jogador. Em rigor tais elementos ocorrerão em todos os jogos de fortuna ou azar, em menor ou maior grau. O que se requer é que estes elementos

²⁹ V. JEAN-MARC LAFAILLE y GUY SIMONIS, *El Juego Diseccionado: Un Análisis Conceptual sobre los Juegos de Azar*, trad. Ana López de Lemos y Gallego, Madrid: Instituto de Política y Gobernanza/Universidad Carlos III, 2005, pp. 49-50, e VICTORINO COELHO, *op. cit.*, pp. 31-32.

não condicionem o resultado do jogo. A determinação da perda ou ganho do jogador dever-se-á sempre à *alea*, ainda que concorra com outro elemento dominável pelo jogador, mas não determinante no resultado do jogo.

Se, na classificação dos jogos de fortuna ou azar, o autor e legislador são concordantes, o mesmo já não acontece quanto à catalogação dos tipos de jogos. É que os jogos dispostos, nos termos do art. 2.º, admissíveis nos casinos, são aqueles que o autor aponta como «jogos de parar». Ora, tendo presente que, nos termos do art. 9.º, n.º 3, do CC, o legislador terá consagrado a solução mais acertada e soube exprimir adequadamente o seu pensamento na elaboração da Lei, teremos de considerar que concebeu a participação do jogador nos tipos de jogos de casino de forma distinta daquele autor. Nos termos da versão primitiva da Lei do Jogo, de 1927, os jogos da «Roleta com trinta e seis números e um zero», da «Banca francesa com dados transparentes», do «Trinta e quarenta», do «Bacará bancado», do «*Petits chevaux* e suas variedades», do «Bacará *chemin de fer*» e do «*Ecarté*» são jogos de fortuna ou azar (art. 2.º). Discordante, VICTORINO COELHO entende os quatro primeiros como «jogos de parar»³⁰, nos quais o jogador, pelo domínio do sistema de progressões com a aplicação do método Dolivaes³¹, tem a possibilidade de controlar as *chances* de jogo, ganhando num determinado número de lances.

Ora, se bem se compreende o estudo daquele autor, não podemos concordar com a denominação adotada para os «jogos de parar», discordando inclusive da sua conceção. Recorde-se que nestes jogos, segundo entende aquele estudioso, o elemento *alea* é mitigado pelo domínio que o jogador possui decorrente do estudo do jogo. Todavia, não é o que se verifica da aplicação do sistema de progressões. Deste sistema não resulta a interferência do estudo do jogador num jogo, mas sim numa sequência de jogos, em que perdendo em alguns, reforça o valor apostado por saber que em algum outro jogo ganhará, cobrindo, assim, o valor anteriormente perdido. O legislador entende que se

³⁰ *Idem, ibidem.*

³¹ Joaquim Dolivaes Nunes foi um estudioso do fenómeno do jogo, em particular do jogo da roleta, tendo desenvolvido um sistema de progressões que lhe permitiram, num determinado número de lances obter um ganho neste tipo de jogo (VICTORINO COELHO, *op. cit.*, p. 83 ss).

deve compreender a contingência do resultado em cada ciclo de jogo – precisamente onde se determina o resultado – e não no conjunto de ciclos com resultados subsequentes.

Significa que a *alea* é, tendencialmente, exclusiva ou predominante no resultado de cada jogo. O resultado, na maioria dos jogos de fortuna ou azar, é inteiramente aleatório (em cada ciclo de jogo).

A confirmar este entendimento do que se deve ter como característico do jogo de fortuna ou azar, o legislador manteve nas subsequentes Leis do Jogo a formulação de que são jogos «de fortuna ou azar os jogos cujos resultados são contingentes, por dependerem exclusivamente da sorte» (art. 1.º), redação que alterou, em 1989, para ali compreender a predominância do fator sorte, e não apenas a sua exclusividade para o resultado do jogo. Na redação vigente os «Jogos de fortuna ou azar são aqueles cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte», nos termos art. 1.º do Decreto-Lei n.º 422/89.

A razão da alteração na densificação do conceito de jogo de fortuna ou azar resulta do surgimento de novos tipos de jogos, como por exemplo o «*Poker*»³², onde em cada ciclo de jogo a perícia do jogador releva no resultado no jogo, ainda assim não a ponto de o determinar.

Os tribunais têm, igualmente, dedicado alguma atenção à contingência do jogo de fortuna ou azar e à predominância do elemento sorte no resultado. Quanto ao resultado, a jurisprudência tem sido uniforme em considerar que tem um «carácter totalmente aleatório», porque os jogos dependem «essencialmente do acaso e da sorte do jogador, de modo que este não tem qualquer possibilidade de influenciar ou condicionar o correspondente resultado»³³. Tais considerações não são isentas de incorreções, senão vejamos.

³² No entanto, a exploração deste tipo de jogo só se iniciou com a Portaria n.º 461/2001, de 8 de maio, encontrando-se agora regulado pela Portaria n.º 217/2007, de 26 de fevereiro, nas modalidades de «Póquer sem descarte», «Póquer não bancado nas variantes “*Omaha*” e “*Hold'em*”» e «Póquer sintético».

³³ De que são exemplos os acórdãos do TRP, de 21-02-2007, e de 21-05-2008, ambos rel. por Joaquim Gomes, e ac. de 26-09-2007, rel. por Ernesto Nascimento, em www.dgsi.pt.

Vimos que o legislador abandonou, na definição do conceito de jogo de fortuna ou azar, a expressão «resultados inteiramente contingentes» da pioneira Lei do Jogo. A nosso ver bem, porque, apesar de na maioria dos jogos o resultado ser inteiramente aleatório, há casos em que a perícia do jogador concorre com a *alea*, o que acontece, por exemplo, no «*Poker*»³⁴.

É também por esta razão que se nos afigura incorreta a afirmação de que o jogador não tem possibilidade de influenciar ou condicionar o resultado do jogo. O que a norma vigente dispõe tem que ver com a determinabilidade do resultado decorrer fundamental ou exclusivamente da sorte e não que não exista interferência no processo que leva ao resultado. Por outras palavras, o resultado não pode ser determinado pelo jogador, designadamente pela sua perícia, o que não significa que não possa influenciá-lo ou condicioná-lo. Voltando ao jogo do «*Poker*», o jogador através da perícia, da habilidade, e da experiência, influencia o decurso do jogo, chegando a condicioná-lo com vista a aumentar a probabilidade de ganho parcial ou total, por exemplo, exercendo *bluff* sobre os outros jogadores, avaliando as *chances* ou passando a jogada. O que o jogador não consegue é aumentar de tal ordem a probabilidade de ganho, a ponto de a possível perda parecer pouco provável. A ser assim, o resultado assentaria fundamentalmente na perícia e não na sorte do jogador, o que não sucede no jogo de «*Poker*», enquanto jogo de fortuna ou azar.

2.1.4 O prémio

Na definição do conceito de jogo de fortuna ou azar nada se refere quanto à existência de prémio. Em rigor, a LJ apenas alude, no art. 1.º, ao resultado do jogo, o que é distinto de um prémio. O resultado é o estágio final de um jogo (ou ciclo de jogo) e sobre o qual incide a esperança de ganho dos jogadores. O prémio consiste naquilo que os jogadores esperam ganhar. É a materialização da esperança de ganho ou, melhor dito, é o ganho.

³⁴ Neste sentido, ac. do TRL de 29-06-2006, rel. por Simões de Carvalho, em www.dgsi.pt.

Se no jogo *tout court* basta que haja um prémio repercutido no mero alcance da vitória, nos jogos de fortuna ou azar o paradigma é distinto. Nestes, a prática revela a existência de um prémio, que vai para além do mero alcance da vitória no jogo. O prémio, nos tradicionais jogos de casinos, quer na versão de base territorial, quer na versão *online*, consiste, usualmente, num valor pecuniário.

Mas, não se exige o ganho do jogador para que estejamos perante, por exemplo, um crime de exploração ilícita de jogo, nos termos do art. 108.º, n.º 1, da LJ³⁵. Este crime depende tão só da exploração de um jogo de fortuna ou azar, sem que um jogador receba um prémio e mesmo que não esteja ninguém a jogar³⁶, mas estejam reunidas e acessíveis as condições para a prática do jogo.

Também não se exige que o prémio retribuível seja pecuniário. Se, em regra, os prémios dos jogos de fortuna ou azar são pecuniários, não é menos verdade que há modalidades de jogo, exploráveis nos casinos, em que não se exige o prémio pecuniário, como ocorre no caso das máquinas que, «não pagando diretamente prémios em fichas ou moedas, desenvolvam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar ou apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte»³⁷. CONDE FERNANDES distingue este tipo de jogo dos restantes, referindo que não se trata de um jogo «a dinheiro», por não haver prémio pecuniário, mas consiste num jogo «com dinheiro», porque a prática do jogo requer o emprego de valores pecuniários³⁸. Concordamos inteiramente com a distinção, pese embora o autor a aplique incorretamente aos jogos de fortuna ou azar. Por outras palavras, entende que o

³⁵ Alguns arestos referem que «*não é elemento do tipo legal de crime de exploração de jogo de fortuna ou azar que o jogador tenha ganho ou perda de natureza económica consoante o resultado do jogo, porquanto o legislador quis prevenir o mero perigo de isso se poder verificar*» (sublinhado nosso) (ac. do TRP, de 24-05-1995, rel. por Matos Manso, em www.dgsi.pt). Tal afirmação não é rigorosa, porque no jogo de fortuna ou azar, o jogador despende sempre, a título de aposta, uma quantia pecuniária para jogar, o que já constitui, só por si, uma perda económica nos casos em que não ganhe nada.

³⁶ Neste sentido, ac. do TRE, de 08-03-2005, rel. por António Pires Henriques da Graça, em www.dgsi.pt.

³⁷ Art. 4.º, n.º 1, al. g), da LJ.

³⁸ CONDE FERNANDES, «Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro», in PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE e JOSÉ BRANCO (org.), *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, vol. II, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 360. O autor não se encontra sozinho, v. acórdão TRL, de 07-11-2007, proc. n.º 5955/2007-3, rel. por Moraes Rocha, em www.dgsi.pt.

art. 4.º, n.º 1, al g), da LJ se aplica às situações em que as máquinas não pagam qualquer prémio, mas funcionam com dinheiro. O autor erra na interpretação deste «conceito-tipo» de jogo de fortuna ou azar. Os jogos de fortuna ou azar explorados nos casinos possuem na sua fisiologia um prémio atribuível em função do resultado do jogo ser favorável ao sentido da aposta do jogador. É característica essencial do jogo de casino a existência de um prémio, o que se retira das disposições conjugadas dos arts. 1.º e 4.º da LJ e da existência de uma aposta nos jogos de fortuna ou azar, já que esta só surge pela possibilidade de ganhar um prémio.

2.2. Delimitação negativa do jogo de fortuna ou azar: as modalidades afins

A pioneira versão da LJ, de 1927, não regulava as modalidades afins do jogo de fortuna ou azar, remetendo-as para legislação especial a estabelecer³⁹. Surge, assim, com a Portaria n.º 5:154, de 16 de janeiro de 1928, o primeiro diploma regulador do regime da exploração de algumas das, posteriormente denominadas, modalidades afins, designadamente das tómbolas e das rifas, considerando-as uma «operação oferecida ao público para fazer nascer a esperança de um ganho que haja de obter-se por meio de sorte» (art. 1.º).

Dependendo ambos da sorte, as modalidades afins distinguíam-se do jogo de fortuna ou azar por consistirem numa «operação oferecida ao público». O que, então, as caracterizava era a faculdade dos seus exploradores poderem anunciar a sua venda e interpelarem o público, por implicarem uma menor exposição aos «males do jogo». Distintamente, o jogo de fortuna ou azar de casino não poderia ser anunciado – no sentido de publicitado – ao público. O legislador concluiu que o jogo desenvolvido nos casinos conduz a uma maior exposição ao vício do jogo e a consequentes problemas sociais.

³⁹ Art. 62.º do Decreto n.º 14:643.

Após um período de interdição da exploração⁴⁰, as modalidades afins foram novamente objeto de permissão legal de exploração com o Decreto-Lei n.º 41562, de 18 de março de 1958, porque o legislador à época, como o contemporâneo, considerou que determinadas modalidades de jogo, designando-as de «afins», revestem algumas características do jogo de fortuna ou azar⁴¹, devendo ser reguladas num mesmo diploma que seja objeto do crivo parlamentar, ainda que a respetiva regulamentação ocorra ao nível ministerial.

À data, o conceito de modalidades afins manteve-se, na essência, inalterado, sendo «As operações oferecidas ao público em que a esperança de ganho reside essencialmente na sorte»⁴². Com a atual LJ, na versão conferida pelo Decreto-Lei n.º 10/95, de 2 de dezembro, o conceito foi alterado, preconizando-se que «são operações oferecidas ao público em que a esperança de ganho reside conjuntamente na sorte e perícia do jogador, ou somente na sorte, e que atribuem como prémios coisas com valor económico»⁴³.

Mantendo a noção de operação oferecida ao público, restringe-se a atribuição de prémios a «coisas com valor económico»⁴⁴, que até agora podiam revestir natureza pecuniária⁴⁵. O preceito legal prevê, agora, que nas modalidades afins a esperança de ganho, também, pode assentar somente na sorte, confirmando o entendimento que propugnámos, aproximando os conceitos de jogo de fortuna ou azar e de modalidades afins, pela partilha de um elemento

⁴⁰ A Portaria n.º 5:154, 16 de janeiro de 1928, foi revogada pela Portaria n.º 6:391, de 7 de setembro de 1929, para depois ser repristinada pela Portaria n.º 6:754, de 17 de março de 1930, e, por último, revogada pela Portaria n.º 7:094, 29 de abril de 1931.

⁴¹ Considerando da Portaria n.º 7:094, e 7.º parágrafo do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 41562, de 18 de março de 1958, alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 45798, de 7 de julho de 1964, e 47623, de 3 de abril de 1967.

⁴² Apesar de, na definição de modalidades afins, o proémio do art. 38.º apenas referir que «a esperança de ganho reside essencialmente na sorte» não deve, por maioria de razão, restringir-se o conceito, considerando que nos casos em que a esperança de ganho resida exclusivamente na sorte não estejamos, também, perante uma modalidade afim, de que são exemplo os jogos exemplificados no § 1.º.

⁴³ Art. 159.º, n.º 1, da LJ.

⁴⁴ Art. 161.º, n.º 3, *in fine*, da LJ.

⁴⁵ Art. 1.º, *a contrario*, por não se dispor sobre tal atribuição, da Portaria n.º 5:154, do art. 38.º, n.ºs 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 41562, e art. 43.º, n.ºs 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 48912, de 18 de março de 1969, alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 82/83, de 11 de fevereiro, e 22/85, de 17 de janeiro. Onde a lei não distingue não deve o intérprete distinguir, razão pela qual não procede a afirmação de JANUÁRIO PINHEIRO de que os prémios não podiam ser dinheiro, mas apenas representação de dinheiro, que recorre única, e restritivamente, ao § 3.º do art. 43.º do Decreto-Lei n.º 48912 (*Lei do Jogo. Anotada e Comentada*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 560).

que caracteriza ambos – a essencialidade ou exclusividade da «sorte» (*alea*) no apuramento do resultado. É, de resto, pela presença deste elemento «sorte» que certas modalidades de jogo se revelam «afins» do jogo de fortuna ou azar.

As modalidades afins apresentam quatro elementos essenciais no seu recorte conceptual: (i) são operações de oferta ao público, (ii) tem de haver esperança de ganho, (iii) os resultados dependem conjuntamente da sorte e perícia do jogador, ou somente da sorte, e (iv) os prémios têm de consistir em coisas com valor económico.

Na interpretação do conceito deve, ainda, ter-se em conta os conceitos-tipo de modalidades afins do art. 159.º, n.º 2, e as proibições do art. 161.º, n.º 3, de que não podem desenvolver temas característicos dos jogos de fortuna ou azar, «nem substituir por dinheiro ou fichas os prémios atribuídos».

A doutrina tem esgrimido argumentos utilizando aqueles elementos, a fim de distinguir o jogo de fortuna ou azar das modalidades afins; e, de igual modo, os tribunais vão ditando acórdãos, espalhando a confusão sobre o critério distintivo das duas categorias de jogo.

Alguns arestos lançam o enfoque sobre o carácter totalmente aleatório do resultado⁴⁶, referindo que há exploração ilícita de jogo de fortuna ou azar quando a modalidade em causa dependa essencialmente do acaso e da sorte do jogador. Esta argumentação visa atribuir relevância, de *per si*, ao art. 1.º da LJ, descurando que também nas modalidades afins a sorte é determinante para apuramento do resultado, porquanto a esperança de ganho reside conjuntamente na sorte e perícia do jogador ou somente na sorte. A perícia do jogador pode existir em alguns jogos de ambas as categorias, mas nunca será determinante para o apuramento do resultado, ainda que o influencie. Em rigor, o critério da «sorte» para obtenção do resultado não releva para distinguir, entre si, as duas categorias de jogo⁴⁷. Pelo contrário, é justamente este elemento que as torna

⁴⁶ Ac. do TRP, de 27-02-2008, rel. por Francisco Marcolino, em www.dgsi.pt.

⁴⁷ Não vingam entendimentos de que o Decreto-Lei n.º 48:912 distinguia, convenientemente, e por recurso ao elemento «sorte», os jogos de fortuna ou azar das modalidades afins, no sentido de que naqueles os resultados dependiam exclusivamente da sorte, ao passo que nestes dependiam apenas essencialmente. Por conseguinte, o cerne da distinção nunca foi o elemento «sorte», contrariamente ao defendido no ac. TRL, de 26-10-2005, rel. por Carlos Almeida, em www.dgsi.pt, de que não existe nenhum critério material de distinção e oferecendo um critério formal assente unicamente na

próximas, logo «afins». Este critério da «sorte» serve, apenas, para distinguir os jogos de fortuna ou azar e as modalidades afins dos jogos de perícia, porque nestes a perícia⁴⁸ do jogador é determinante para o resultado obtido.

Noutros casos evidencia-se a natureza pecuniária dos prémios atribuídos⁴⁹, fazendo-a coincidir com os ilícitos penais. Se os prémios atribuíveis forem dinheiro, ou fichas convertíveis em moeda corrente, estaremos perante um ilícito penal, o que não sucederá com prémios de natureza diversa, caso em que estaremos perante um ilícito contraordenacional⁵⁰. Tal não é inteiramente conforme à Lei do Jogo, já que se não dispõe sobre a natureza do prémio, em alguns dos jogos desenvolvidos nos casinos, também não impede que os prémios sejam de coisa com valor económico. O diploma impede é que as modalidades afins atribuam prémios pecuniários⁵¹.

Outra linha procura a distinção recorrendo ao tipo de operações oferecidas ao público⁵². Assim, teremos modalidades afins quando haja interpelação e promoção direta junto do público. No entanto, de acordo com uma interpretação atualista, esta promoção não pode mais cingir-se aos casos de interpelação pessoal do público nas ruas, ou em outros locais de deslocação das pessoas⁵³. A forma de anúncio dos produtos e serviços mudou radicalmente nos últimos anos. Do anúncio de jogo nas ruas caminhámos para os anúncios nos *Mass Media* e na *Internet*⁵⁴.

autorização de exploração dos jogos de fortuna ou azar elencados no art. 4.º da LJ, sendo os demais modalidades afins.

⁴⁸ Alguns arestos remetem os jogos de perícia para os jogos de diversão por contraposição aos jogos de fortuna ou azar (ac. TRE, de 03-06-2008, rel. por João Gomes de Sousa, em www.dgsi.pt). Este silogismo é incorreto, porque em ambos pode ocorrer divertimento.

⁴⁹ Ac. do TRC, de 09-04-2008, rel. por Orlando Gonçalves, e ac. do TRL, de 07-02-2007, rel. por Carlos de Sousa, em www.dgsi.pt.

⁵⁰ Esta linha jurisprudencial acolhe esta interpretação das disposições conjugadas dos arts. 1.º, 4.º, n.º 1, al. g), e 161.º, n.º 3, *in fine*, da LJ.

⁵¹ N.º 1 do art. 159.º e n.º 3 do art. 161.º da LJ.

⁵² Ac. do TRP, de 26-04-2000, rel. por Dias Cabral, e ac. do TRL, de 26-09-2006, relatado por Simões de Carvalho, em www.dgsi.pt.

⁵³ Concordante, o ac. do TRE, de 11-07-2006, rel. por Ribeiro Cardoso, em www.dgsi.pt, afirmando que «a oferta de operações não carece de ser feita através de publicidade, podendo resultar da colocação do jogo em lugar visível de um qualquer estabelecimento comercial».

⁵⁴ A afirmação de que o jogo de fortuna ou azar não é oferecido ao público deve restringir-se aos jogos de casino de base territorial. A regulamentação do jogo *online* alterou o paradigma ao nível da promoção do jogo de fortuna ou azar versão casinos *online*.

A predeterminação do prémio serviu⁵⁵, em alguns casos, para delimitar as modalidades afins, sendo as operações em que o prémio está pré-fixado e se dirige a um número indeterminado de pessoas, na inversa será jogo de fortuna ou azar. Embora a predeterminação do prémio seja comum às modalidades afins, nada impede que nos jogos de fortuna ou azar haja predeterminação de prémios, de que são exemplo os torneios de «*poker*».

Alguns tribunais enfatizam a temática do jogo⁵⁶, sendo considerados jogos de fortuna ou azar os reservados à exploração pelos casinos, nos termos do art. 4.º, estando o ilícito penal de exploração ilícita, do art. 108.º, preenchido quando fossem explorados fora das zonas de jogo. Outros atribuem relevo a um duplo critério, devendo considerar-se a temática do jogo ou a natureza dos prémios⁵⁷. A defesa deste critério tem surgido associado aos casos de exploração de máquinas de jogo, segundo o qual apenas seria ilícito penal a exploração de máquinas que desenvolvessem temas próprios de jogos de fortuna ou azar, elencados no art. 4.º da LJ, independentemente do pagamento de qualquer prémio ou as máquinas que não desenvolvendo os referidos temas atribuísem prémios em dinheiro ou convertíveis em dinheiro. Em rigor, devemos conjugar os arts. 1.º e 4.º para, dos conceitos-tipo, extrairmos a fisiologia dos jogos de fortuna ou azar. O critério do tema do jogo é insuficiente para classificar determinada modalidade de jogo se outras características não estiverem presentes.

A divergência jurisprudencial revela-nos que a fronteira entre o jogo de fortuna ou azar e as modalidades afins, além de pouco clara, é sinuosa. Os critérios são tão distintos que proporcionam soluções díspares, apontando, em alguns casos, para crimes de exploração ilícita de jogo, porque os resultados dos jogos desenvolvidos dependem do fator sorte, ou porque pagam prémios em

⁵⁵ Ac. da TRC, de 16-05-2007, rel. por Gabriel Catarino, em www.dgsi.pt.

⁵⁶ Ac. do TRL, de 26-10-2005, já referido.

⁵⁷ Ac. do STJ, de 28-11-2007, rel. por Henriques Gaspar, e ac. do TRL, de 16-10-2007, rel. por Agostinho Torres, em www.dgsi.pt.

dinheiro ou porque não são formas de oferta ao público; noutros apontando para ilícitos de mera ordenação social.

Devido à disparidade de soluções judiciais, o STJ emanou, em 04-02-2010, um acórdão fixando jurisprudência sobre o enquadramento legal de um determinado tipo de máquinas que desenvolvem o tema de jogo de «rifa», permitindo o jogo «com dinheiro» e «a dinheiro»⁵⁸. Este aresto permite recortar do quadro legal a distinção entre os jogos de fortuna ou azar e as modalidades afins.

É, pois, da conjugação do conceito de jogo de fortuna ou azar, do art. 1.º, com os conceitos-tipo, do art. 4.º, e da conjugação do conceito das modalidades afins, do n.º 1 do art. 159.º, com os conceitos-tipos do n.º2, que devemos recortar a distinção entre as duas categorias de jogo⁵⁹. Os conceitos de ambas são, por um lado, insuficientes para as distinguir e, por outro, são precisamente o que as aproximam. Em ambas a sorte é determinante, de forma essencial ou exclusiva, para o resultado obtido. A perícia do jogador também poderá existir em vários jogos desenvolvidos nas duas categorias. A esperança de ganho não caracteriza unicamente as modalidades afins, já que nas restantes modalidades também se encontra presente, e o critério das operações oferecidas ao público também não é exclusivo das modalidades afins, porquanto também ocorre nos denominados «jogos sociais do Estado», estes igualmente jogos de fortuna ou azar.

O que caracteriza as modalidades afins é o prémio ter de ser coisa com valor económico (n.º 1, *in fine*, do art. 159.º). Aparentemente no jogo de fortuna ou azar o prémio é pecuniário, porque nos casinos desenvolvem-se os jogos (do art. 4.º) com atribuição de prémio pecuniário.

Duas importantes considerações merecem aqui lugar. A primeira é de que a existência de um prémio pecuniário, embora pareça caracterizar o jogo de fortuna ou azar, não remete para este todas as situações em que determinado

⁵⁸ A distinção entre jogos de fortuna ou azar e modalidades afins resulta tão complexa que a sentença contou com seis votos vencidos, dos dezoito juízes conselheiros (ac. do STJ, de 04-02-2010, rel. por Rodrigues da Costa, em www.dgsi.pt).

⁵⁹ Neste sentido, RUI PINTO DUARTE, *op. cit.*, p. 81.

jogo seja suscetível de atribuir tal prémio. É que, sendo proibido o prémio pecuniário nas modalidades afins, a Lei sanciona a exploração destas modalidades com uma coima, e não com uma sanção penal, quando se substitua o prémio atribuído – coisa com valor económico – por dinheiro ou fichas⁶⁰. Não parece fazer sentido sancionar criminalmente a exploração de um jogo com tema próprio de uma modalidade afim, convertendo-o em jogo de fortuna ou azar, só pela mera atribuição de prémio pecuniário, quando o legislador visa impedir, por via contraordenacional, que nas modalidades afins se substitua o prémio respetivo por dinheiro ou fichas⁶¹.

A segunda é de os prémios atribuíveis nos casinos não têm apenas natureza pecuniária. Nada impede que os prémios sejam convertíveis em dinheiro, – as fichas e as guias de pagamento –, ou coisa com valor económico, como é o caso das «Jogos em máquinas que, não pagando diretamente prémios em fichas ou moedas, desenvolvam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar ou apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte» (al. g), n.º 1, do art. 4.º)⁶².

Concordando com o recurso a conceitos-tipo, RUI PINTO DUARTE sugeriu uma interpretação «segundo a qual o tipo de “jogos de fortuna ou azar” teria como núcleo central uma aposta necessariamente em dinheiro, **habilitante a um prémio em dinheiro**, e o tipo “modalidades afins” teria como núcleo central uma prestação, normalmente avaliável em dinheiro, mas não necessariamente consistente em dinheiro, habilitante a um prémio, sempre avaliável pecuniariamente, mas nunca consistente em dinheiro»⁶³. Apesar de tentadora,

⁶⁰ N.º 3 do art. 161.º e n.ºs 1 e 2 do art. 163.º da LJ.

⁶¹ Discordamos de JANUÁRIO PINHEIRO que entende que «os organizadores e/ou exploradores das modalidades afins, quando ofereçam prémios em dinheiro, ficam sujeitos a penas criminais por exploração de jogo de fortuna ou azar» (*op. cit.*, p. 547). O autor faz depender o tipo de ilícito da existência da autorização para exploração do tipo de jogo, conduzindo a distinção dos tipos a um critério formal. No mesmo sentido, o ac. do TRL, de 31-01-2007, rel. por Rodrigues Simão, em www.dgsi.pt. Ora, tal não pode suceder, porquanto a delimitação dos tipos penais só pode encontrar-se em critérios materiais de acordo com as respetivas categoriais legais e ligados à proteção de um determinado bem jurídico, sob pena de se violarem princípios com referência constitucional de dignidade penal, de carência de pena e de subsidiariedade penal (assim, o ac. do STJ, de 04-02-2010, já referido).

⁶² Todavia, não é despidendo notar que, por questões atinentes ao funcionamento dos casinos e determinação do imposto especial sobre o jogo, os prémios atribuíveis são sempre pecuniários.

⁶³ *Op. cit.*, p. 81 (negrito nosso).

esta interpretação não corresponde inteiramente à estrutura caracterizadora dos jogos de fortuna ou azar constante no elenco dos conceitos-tipo. Como dissemos, embora a tradição nos jogos de casino revele que o prémio atribuível consiste em dinheiro, nada impede que possa ser coisa com valor económico.

Na LJ, o legislador combinou elementos generalizadores – as definições de jogo – com elementos concretizadores – os conceitos-tipo de jogo. Os jogos de fortuna ou azar são, tendencialmente, os tipificados de forma exemplificativa no n.º 1 do art. 4.º. Assim, a especificação dos jogos de fortuna ou azar, constante deste artigo, é «tendencialmente completa e comporta uma certa rigidez, como é próprio de um tipo legal de crime, que é um tipo de garantia», pelo que todos os jogos que não detenham as características enunciadas nos arts. 1.º e 4.º não poderão ser jogo de fortuna ou azar, mesmo que os resultados assentem exclusiva ou fundamentalmente na sorte⁶⁴, ou que o prémio atribuível seja pecuniário, revertendo para as modalidades afins. O que pode suceder é que não respeitem integralmente as formas de exploração das modalidades afins, caso em que os exploradores incorrem em responsabilidade contraordenacional.

Concluímos, afirmando, que para que um jogo se enquadre nas modalidades de jogo de fortuna ou azar é necessário que, positivamente, detenha todas as características – a fisiologia que propugnámos – do jogo de fortuna ou azar, de acordo com a definição do art. 1.º, e estrutura dos conceitos-tipo do art. 4.º, e, negativamente, não se enquadre no conceito das modalidades afins e estrutura dos respetivos conceitos-tipo do art. 159.º.

⁶⁴ Ac. do STJ, de 04-02-2010, já referido.

CAPÍTULO II – REGIME JURÍDICO DO JOGO DE FORTUNA OU AZAR

3. Contextualização

Ininteligível à mente humana, a aleatoriedade do resultado dos jogos de fortuna ou azar era, no caso da «sorte», encarada como algo quase divino, e no caso de «azar», algo quase maléfico. A prática do jogo, em que o jogador dependia da sorte, foi sempre encarada como algo profano e moralmente condenável, por ser uma atividade sem esforço, não produtiva, que conduzia a sociedade à ociosidade, à esperança da vida fácil e isolada da vida normal de trabalho.

Atribui-se à antiga Grécia⁶⁵ a invenção do jogo de dados, a forma mais antiga de jogo de fortuna ou azar, que, embora não haja certeza quanto à punição da sua prática, contava com um certo desprezo público⁶⁶. Os jogos que assentassem na aleatoriedade do resultado e cujo fim fosse o lucro – jogos aleatórios ou jogos de azar – eram proibidos, sendo a sua prática sancionada penal e civilmente na *lex alearia*⁶⁷.

Devido ao forte apelo do jogo de fortuna ou azar, as intervenções legislativas de todos os tempos refletiram a posição da Igreja⁶⁸, que via no jogo de azar uma atividade contrária às leis divinas, bem como os inconvenientes sociais fomentados pela prática do jogo, tais como a ruína dos patrimónios familiares e das próprias famílias, a alteração da ordem e tranquilidade públicas e o vilipêndio da condição humana⁶⁹, porque em

⁶⁵ GIOVANNI PIOLETTI, «Giocchi Vietati», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, Milano: Giuffrè Editore, 1970, p. 71.

⁶⁶ PALAZZO, «Indagini Stotiche sui Delitti e sulle Pene: I Giocchi D'azzardo», in *Revista di Diritto Penitenziario*, 1934, p. 39, *apud* CARLOS MOTA PINTO, *et al.*, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁷ Os jogadores eram punidos com o *quadruplum* da aposta, posteriormente reduzida a *simplum*. Além disso, o jogador vencedor não gozava da *solutio retentio* e o jogador vencido gozava da *condictio indebiti*, (GIOVANNI PIOLETTI, *op. cit.*, p. 72; UGO GUALAZZINI, «Giocchi e Scommesse (storia)», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, Milano: Giuffrè Editore, 1970, p. 44).

⁶⁸ BUTTARO, «Del Gioco e della Scommessa», in *Comentario del Codice Civile (a cura de SCIALOJA e BRANCA)*, livro IV, 1959, p. 35 ss, *apud* CARLOS MOTA PINTO, *et al.*, *op. cit.*, pp. 42-43.

⁶⁹ As leis eram ditadas de acordo com profundas valorações morais, sociais e económicas, sendo o jogo visto como algo de indigno para o bom cidadão (SEBASTIÁN LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, p. 34).

alguns casos, depois de tudo perdido, apostava-se ao jogo o próprio jogador, a mulher e os filhos. A paixão pelo jogo caracterizou de tal modo a Idade Média que em muitos casos o próprio clero se prendeu ao jogo⁷⁰. Esta propensão para o jogo constituiu razão bastante para se considerarem ilícitas as relações assentes no jogo de fortuna ou azar, por se considerar erguido sobre a ignobilidade e ser um modo de vida em tudo anormal⁷¹.

A Igreja também tomou medidas proibindo aos católicos de jogarem a dinheiro, leigos ou não, segundo o argumento de a sorte ser algo de divino, em que Deus manifestava a sua vontade. Jogar-se à sorte a dinheiro seria profanar a vontade divina⁷².

4. O regime jurídico do jogo em Portugal

Em Portugal, destacam-se dois grandes períodos de abordagem ao fenómeno do jogo. Um período de repressão penal das condutas associadas ao jogo de fortuna e azar, que vigorou até ao ano de 1927, e outro de maior tolerância que caracteriza o atual instituto da autorização regulamentada.

4.1. Das casas de tavolagem aos casinos: da repressão à tolerância

Nas *Ordenações Afonsinas*⁷³ encontramos as primeiras disposições proibitivas, do período mediéxico, da exploração do jogo de azar do nosso ordenamento jurídico.

⁷⁰ UGO GUALAZZINI, *op. cit.*, p. 48. Com Justiniano, nas Leis *Tícia*, *Públícia* e *Cornélia*, eram proibidas aos clérigos a prática e a contemplação do jogo de azar (SEBASTIÁN LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pp. 34-35); proibição, hoje, extensível, no nosso ordenamento jurídico, ao cidadão comum, sob a epígrafe de «Presença em local de jogo ilícito» (art. 111.º da LJ).

⁷¹ EMILIO VALSECCHI, «Guiochi e Scommesse (dir. civ.)», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, Milano: Giuffrè Editore, 1970, p. 50.

⁷² GIOVANNI PIOLETTI, *op. cit.*, p. 72, ANTONIO PERTILE, *Storia del Diritto Italiano: Dalla Caduta dell'Impero Romano alla Codificazione*, vol. V, Torino: Unione Tipografica Editrice, 1892, p. 542.

⁷³ Também *Reformaçoens das Ordenaçoens* (LUÍS DUARTE, *Justiça e Criminalidade no Portugal Medieval (1459-1481)*, Lisboa: Função para a Ciência e a Tecnologia, 1999, pp. 119-120, nota 369).

No título «XXXXI», dispunha-se «*Que nom joguem a dados dinheiros, nem aja hi tavollagem*»⁷⁴. Entendia-se que, por via da ociosidade, o jogo de dados induzia os homens ao pecado e que da sua prática resultavam alterações da ordem e tranquilidade públicas e, em alguns casos, mortes. Proíbem-se a tavolagem⁷⁵ em praça ou em «escondido», o dar dinheiro a tavolagem e a prática do jogo de dados. O jogo de fortuna ou azar era um «jogo ilícito», por conduzir ao pecado. Esta visão moralista do jogo de azar, largamente cunhada pela religião, perdurou durante séculos, cravando na história a perene dificuldade das civilizações, independentemente do estágio de evolução, lidarem com o fenómeno do jogo de azar.

Puniam-se os exploradores do jogo de azar e os jogadores tavolageiros⁷⁶ com a perda do dinheiro encontrado no jogo. Aos jogadores eram-lhes ainda aplicadas penas pecuniárias, sendo mais elevadas no caso dos jogadores de elevada condição social, que eram encarcerados até pagarem. No caso dos jogadores sem posses – «homeés vis» – eram açoitados em praça pública, quando, depois de encarcerados, insistissem em não pagar.

Devido à forte reprovação social do jogo, o diploma abriu portas à perseguição dos jogadores, já que as situações de condenação não se restringiam aos casos de flagrante delito da prática do jogo de azar, bastando que fosse provado que alguém tinha jogado. Tal deve-se, sobretudo, a uma ideia de desvalor do próprio jogo de azar, e não apenas a uma ideia de proteção de valores ou de bens jurídicos. Tal permite pensar o jogo de azar como algo de ilícito em si mesmo, sobretudo nos casos em que já não há perigo de perturbação da ordem e tranquilidades públicas, do património dos jogadores e da vida familiar, porque a prática do jogo já cessou. Surge, ainda, a perseguição penal daqueles que apenas fossem encontrados a assistirem ao

⁷⁴ *Ordenações Afonsinas*, Livro V, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, pp. 148-152, ou em *Ordenações Del-Rei D. Duarte*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, pp. 466-467. Ainda, NUNO SILVA, *Livro das Leis e Posturas*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1971, pp. 324-325.

⁷⁵ Também «tabulagem». Casa (ou lugar) onde se joga ou o próprio jogo de azar (*GRANDE ENCICLOPÉDIA Portuguesa e Brasileira*, vol. XXX, Lisboa e Rio de Janeiro: Editorial Enciclopédia, s.d., p. 842 e MÁRIO FIÚZA, *Elucidário das Palavras, Termos e Frases*, vol. II, Porto: Livraria Civilização Editora, 1983, p. 579).

⁷⁶ Quem se dedicava à prática do jogo em tavolagem.

jogo. Com menor relevância penal face aos jogadores, eram apenas punidos com a perda das vestes, que, pagando por elas, podiam reaver, e com uma noite de prisão⁷⁷. É uma incriminação que ainda hoje se mantém no atual art. 111.º da LJ.

Com D. João I surgem novas incriminações em torno do jogo de azar. Altera-se o elemento objetivo do tipo, alargando-se a perseguição penal aos casos de jogo de dados a «dinheiros molhados»⁷⁸ (§ 10).

A aversão, do legislador, ao jogo de azar levou D. Dinis, a erigir em 1304, uma Lei que punia com a pena de morte os casos de jogo falso, jogo com dados falsos ou chumbados (jogo fraudulento). Considerando que em alguns casos se jogaria a pequenas quantias e que a pena seria desigual ao prejuízo causado, o legislador substituiu aquela sanção pelo açoitamento público, pelo degredo para as ilhas e pelo pagamento em triplo do que o jogador ganhou ao jogo⁷⁹.

O apelo do jogo de fortuna ou azar com dados depressa abriu caminho a outras formas de jogo, de que é exemplo o jogo com cartas⁸⁰. As cartas de

⁷⁷ § 4 e 8, do título «XXXXI», do Livro V, *das Ordenações Afonsinas*.

⁷⁸ Jogar a «dinheiros secos» era jogar com moeda corrente. Também se podia jogar a «dinheiros molhados», jogando-se a coisas comestíveis a descontar a dinheiro (MÁRIO FIÚZA, *op. cit.*, p. 196). Não é correta a indicação de PEDRO LISBOA, quando identifica o termo «dados molhados» com o jogo sem apostas ou com apostas de valor reduzido (*“Jugar, Jugando”: Discursos sobre o Jogo de Sociedade em Finais do Antigo Regime (1700-1825)*, Tese de mestrado inédita, Lisboa: Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, 2006, pp. 203-204), porque o jogo de dados sem apostas não merecia tutela penal. O jogo começou por ser totalmente proibido, mas, por ser impossível conter o fenómeno, cedo se aligeirou a legislação, proibindo-se apenas os jogos a dinheiro (FERNANDA FRAZÃO, *No Tempo em que Jogar às Cartas era Proibido, Séculos XV e XVI em Portugal*, Lisboa: Apenas Livros, 2003, p. 5).

⁷⁹ Não resulta líquida a razão da punição do jogo falso, jogo com dados falsos ou chumbados, porque ao punir-se o jogador que assegure a sorte através destes artifícios estar-se-á, de forma direta, a assegurar os interesses dos restantes jogadores no jogo de azar e, indiretamente, a proteção do próprio jogo. Como vemos, o jogo de azar era absolutamente proibido, pelo que a norma parece ser axiologicamente contrária à proibição do jogo de azar.

⁸⁰ MANUEL J. GANDRA, «Cartas de Jogar», *Boletim Cultural* 2003, Mafra: Câmara Municipal de Mafra, 2004, p. 123. Os primeiros relatos sobre o jogo de azar com cartas, em Portugal, datam de finais do século XV (do ano de 1490). Ter-se-á aqui propagado pela mão de alfeloeiros vindos de terras castelhanas (*Documentos do Arquivo Histórico da Câmara Municipal de Lisboa*, Livro de Reis, I., Lisboa: 1957, doc. n. 35º, p. 240). O João de Olmedo de Campos foi o primeiro estanqueiro monopolista das cartas de jogar, tendo-lhe sucedido outros, de que são exemplos os «Contratos de Jogar e Solimão» de 1687 e de 1705 outorgados com os estanqueiros António da Silva e Manoel Coelho Velozo, respetivamente (*Regimento das Alfândegas, dos Desportos Secos, Molhados & Vedados*, Lisboa: Officina de Valetim da Costa Deslandes, 1705, p. 377 e ss). Os séculos XVII e XVIII testemunharam, pela difusão do «jogo de cartas», um apelo ao jogo, tanto ilícito como lícito. Também nos chamados jogos lícitos se perdiam e ganhavam apostas e a avidez

jogar, tal como os dados, não são exclusivas para o jogo a dinheiro⁸¹. Todavia, e distintamente dos dados, as cartas, dependendo do tipo de jogo, admitem a perícia do jogador. Estes dois elementos associados terão conduzido a uma tardia reação do legislador⁸² ao aumento da tavolagem com cartas de jogar.

As *Ordenações Manuelinas* são um marco rumo ao atual conceito de jogo de fortuna ou azar, porque não só admitem o elemento perícia do jogador, desde que não determinante para o resultado, como excluem do elemento do tipo os jogos de dados em que o resultado é a mera vitória no jogo – jogos de mero entretenimento. O legislador, livre de uma visão moralista, admite os «jogos de dados com tauolas em tauoleiro (...), porque os homens tenham em que se desenfadarem»⁸³, reconhecendo, pela primeira vez, o carácter unicamente lúdico num tipo de jogo.

Foi nos séculos XVI e XVII que a Igreja teve maior influência nas opções legislativas⁸⁴. Se tomarmos como referência as *Ordenações Filipinas* verificamo-la no punho do legislador. Definiram-se como jogos «defesos», além dos jogos de fortuna ou azar, também os jogos que afastavam as pessoas das igrejas e da vida normal de trabalho⁸⁵. A manifestação da moral religiosa não se quedou pela influência nos elementos do tipo no jogo de fortuna ou azar. Aos tribunais eclesiásticos foi-lhe reconhecida competência para julgarem delitos que atentavam, simultaneamente, contra valores sociais e

[sic] do fisco autorizou o jogo de cartas que quase se dispensaram as leis contra a tavolagem (REBELO DA SILVA, *História de Portugal nos Séculos XVII e XVIII*, tomo V, Lisboa: Imprensa Nacional, 1971, pp. 524-525).

⁸¹ As medidas proibitivas do jogo de cartas na Europa visavam abolir o jogo de azar e não o jogo lícito (EGAS MONIZ, *História das Cartas de Jogar*, Lisboa: Apenas, 1998, p. 20).

⁸² As preocupações com o jogo de azar conduziram à aprovação de ordenações para impedir os ajuntamentos de pessoas em locais de habitual prática de jogo de azar (GABRIEL PEREIRA, *Documentos Históricos da Cidade de Évora*, vol. III, Typographia Economica de José d'Oliveira, 1887, p. 54).

⁸³ § 3 do título XLVIII, das *Ordenações Manuelinas*, Livro V, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 160.

⁸⁴ A influência da Igreja na censura do jogo manifestou-se para além das opções legislativas. Como exemplo, D. João II, sabendo que em algumas casas se jogavam jogos de dados e cartas, e entendendo que «Deos era defferuido, e seu Sancto nome renegado (...) e por castigo do que nas ditas casas se fazia (...) as mandou queimar» (GARCIA DE RESENDE, *Crónica de D. João II e Miscelânea*, Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1973, p. 145).

⁸⁵ Ao «homem de trabalho» era igualmente vedado jogar em qualquer dia (§ 10, do título LXXXII do Livro V, das *Ordenações Filipinas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984).

contra valores religiosos. Eram os casos de *mixti-fori* e nos quais se incluía o jogo de fortuna ou azar⁸⁶. Os prelados e seus oficiais podiam conhecer dos crimes de foro misto, quer os cometidos pelos clérigos quer pelo povo.

As codificações penais de 1852 e de 1886 arrumaram os tipos de ilícito do jogo de fortuna ou azar no capítulo que tutela a ordem e tranquilidade pública⁸⁷, inovando quanto à revelação do interesse protegido.

À medida que se caminhou para o século XX o «discurso apocalíptico» sobre o jogo tomou intensidade e propiciou antagonismos. Os periódicos, da época, tendiam a veicular ideologias, mais do que informação⁸⁸. O mote era a defesa da moral e dos bons costumes. Os parlamentares, a imprensa e o cidadão comum, discutiam entre uma punição mais severa do jogo e a sua permissão controlada. Em 1927, optou-se pela segunda.

4.2. Do regime de exclusivo: a autorização regulamentada

Há muito se considerava que a repressão em absoluto do jogo de fortuna ou azar não impedia que este grassasse junto das camadas sociais⁸⁹.

De entre os deputados primo-novecentistas, monárquicos e republicanos, havia quem, como OLIVEIRA MATTOS, entendesse que se o

⁸⁶ Estes são casos de foro misto, que podiam ser julgados pelo ordinário diocesano ou pelo juiz da Coroa (ANTÓNIO HESPANHA, «O Poder Eclesiástico. Aspectos Institucionais», in JOSÉ MATTOSO (Org.), *História de Portugal*, vol. IV, Lisboa: Estampa, 1993, pp. 10 e 288). Concebia-se o jogo de azar, não só como um caso de lesão da ordem e tranquilidade pública e do património, mas essencialmente como um pecado, uma ofensa a Deus (ANTÓNIO GONÇALVES, *Leis Extravagantes Collegidas e Relatadas pelo Licenciado Duarte Nunez do Liam per Mandado do Muito Alto & Muito Poderoso Rei Dom Sebastiam Nosso Senhor*, Lisboa: edição de autor, 1569, pp. 82-82v). Ainda FRANCISCO SAMPAIO, *Prelecções de Direito Patrio Publico e Particular, Oferecidas ao Serenissimo Senhor D. João Principe do Brasil*, 1.^a e 2.^a parte, Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1793, p. 39.

⁸⁷ Arts. 264.º a 269.º, do capítulo X, secção I. O jogador que fizesse do jogo modo de via era punido como «vadio», nos termos do art. 256.º Consiste, pois, na censurabilidade das condutas sociais contrárias à vida normal de trabalho a que já aludimos.

⁸⁸ IRENE VAQUINHAS, *Nome de Código “33856”: Os “Jogos de Fortuna ou Azar” em Portugal entre a Repressão e a Tolerância (De Finais do Século XIX a 1927)*, Lisboa: Livros Horizonte, 2006, pp. 18-19.

⁸⁹ A carta aberta de TAVARES LEAL ao ministro do reino sobre a existência de casa onde se jogava o jogo do «Monte», vulgo «Batota» é caracterizadora da expansão do jogo junto da sociedade oitocentista (passim *As Casas de Jogo e a Rusga*, Lisboa: Livraria Avellar Machado, 1888, pp. 3-16).

Estado não conseguia suprimir o jogo devia, pelo menos, obter lucro dele⁹⁰. Ou como o economista e político ANSELMO DE ANDRADE para quem, além de um vício, o jogo é uma função económica⁹¹. De igual modo, TOMÁS CABREIRA, ministro das Finanças em 1914, entendendo que «o jogo tal como se explora atualmente, apesar de todas as proibições que ninguém respeita^[92] e de que todos se riem, é uma receita perdida para os cofres públicos, para os melhoramentos locais e para a assistência a crianças e inválidos, que muito teriam a lucrar, se o jogo fosse regulamentado e acabasse a comédia indecorosa da sua impossível repressão»⁹³. Nestas palavras, a regulamentação do jogo de fortuna ou azar surge como uma cura para as debilidades sociais e, houve quem acrescentasse, para o desenvolvimento das infraestruturas, pela promoção do turismo e das localidades afetadas pelo incremento da «jogatina».

As investidas policiais nas casas de tavolagem e a perseguição penal da atividade do jogo de fortuna azar rapidamente se revelaram medidas insuficientes para conter a prática deste jogo.

A ambiguidade legal, que resultava da punição penal do jogo de azar e a tributação autárquica das casas de recreio que exploravam o jogo, lançou o mote para o diálogo político sobre o quadro legal do jogo de azar⁹⁴. Mais, a contradição na opção de proibição absoluta do jogo de azar em Portugal e a sua permissão nas colónias portuguesas conduziu ao desagrado das sociedades exploradoras dos casinos. O discurso proibicionista era inconciliável⁹⁵.

A pretexto de iniciativas de índole social para apoio das classes sociais economicamente debilitadas, o discurso da regulamentação do jogo de azar

⁹⁰ *Diário da Câmara dos Deputados*, n.º 75, sessão de 25 de maio de 1900, fl. 4.

⁹¹ ANSELMO DE ANDRADE, passim *Portugal Económico*, Lisboa: Manuel Gomes Editor, 1902, pp. 172-278.

⁹² IRENE VAQUINHAS, dando nota dos locais e da dimensão do jogo em Portugal, com atribuição, à margem do Direito Penal, de licenças de exploração do jogo pelas autarquias (passim *op. cit.*, pp. 24-49).

⁹³ THOMAZ CABREIRA, *O Algarve Económico*, Lisboa: Imprensa Libânio da Silva, 1918, p. 259.

⁹⁴ V. as críticas parlamentares ao Governo pela passividade na efetiva repressão do jogo em *Diário da Câmara dos Deputados*, 12.ª e 18.ª sessões da 1.ª legislatura, em 17 e 26 de outubro de 1906, fls. 8 e 10.

⁹⁵ IRENE VAQUINHAS, *op. cit.*, pp. 49-50.

erguia-se em torno de interesses económicos e locais apoiados pelas autarquias. Defendia-se que a regulamentação era essencial ao desenvolvimento do turismo – um turismo de luxo - contribuindo para o aumento das receitas do Estado. É assim que a favor da regulamentação do jogo de azar se mobilizaram influências e grupos de pressão, para a qual convergiram interesses públicos e privados, associações profissionais e poder autárquico⁹⁶.

Nos últimos anos da monarquia e no início da Primeira República são apresentados no Parlamento onze projetos regulamentadores, que merecem rejeição porque os interesses locais eram inconciliáveis com os interesses nacionais⁹⁷.

O último Projeto-Lei apresentado, na sessão de 21 de abril de 1913, procurou um compromisso entre a regulamentação e a proibição do jogo, o que se verificou ser inconciliável devido aos próprios princípios ideológicos vinculados nas participações dos parlamentares. A ideologia que defende a proibição do jogo é antagónica dos princípios que permitem a sua regulamentação. O projeto foi rejeitado.

Já em plena ditadura é aprovada a primeira LJ – o Decreto n.º 14.643 – que revoga as disposições penais de 1886, dando lugar ao instituto da autorização regulamentada⁹⁸.

⁹⁶ *Idem*, p. 50. No sentido inverso, vários autores insurgem-se contra a regulamentação do jogo, procurando alertar o legislador para a dependência do jogo, de que é exemplo NORBERTO TEIXEIRA, *O Projecto de Lei Sobre a Regulamentação do Jogo em Portugal*, Porto: Encyclopédia Portuguesa Illustrada, 1909, pp. 96-104.

⁹⁷ *Câmara dos Dignos Pares do Reino*, 28.^a sessão, em 21 de novembro de 1906, fls. 363-364; *Diário da Câmara dos Senhores Deputados*, 64.^a sessão, em 11 de agosto de 1908, fls. 1-4; 34.^a sessão, em 24 de julho de 1909, fls. 4-5; 35.^a sessão, em 26 de julho de 1909, fls. 4-5; *Diário da Câmara dos Deputados*, 14.^a e 17.^a sessões, em 20 e 22 de dezembro de 1911, fls. 8 e 3; 20.^a, 30.^a e 31.^a sessões, em 08, 09 e 11 de janeiro de 1912, fls. 19-20, 5 e 6-8, 58.^a sessão, em 26 de fevereiro de 1912, fls. 2-3; 155.^a sessão, em 02 de julho de 1912, fl. 1; 87.^a e 88.^a sessões, em 28 de março e 11 de abril de 1912, fls. 6 e 5; e 75.^a sessão ordinária do 3.º período da primeira legislatura, em 21 de abril de 1913, fls. 29-60, em www.parlamento.pt.

⁹⁸ O diploma assume que sempre foi «baldado» o esforço de repressão do jogo de fortuna ou azar. Afirma que a regulamentação resulta da necessidade de controlar os abusos e de já não ser possível reprimir o jogo. O Governo refere que a aprovação do diploma resulta de a Ditadura Militar não carecer de uma «clientela eleitoral» e, por conseguinte, não ter de sucumbir aos interesses molestados com a regulamentação, mas tal não é verídico. Como refere IRENE VAQUINHAS, «a regulamentação do jogo teria sido uma das “moedas de troca” para o apoio financeiro ao movimento que deflagrou em 28 de Maio e que abriu caminho à institucionalização do Estado

O diploma permite uniformizar várias propostas anteriores num esforço de acabar com as comuns «casas da roleta», que tanto serviam ao jogador de baixa condição económica e social⁹⁹ e traz-nos, de forma pioneira, o conceito de jogo de fortuna ou azar (art. 1.º), mantendo a proibição do jogo de azar suprimível pela outorga da exploração – o regime da autorização regulamentada (art. 5.º). Imbuído pela ideia de devassidão, o legislador interdita a entrada a quem exerça poderes de autoridade, salvo se em serviço, e a quem, de um modo geral, disponha de dinheiro alheio (arts. 31.º a 33.º).

As penalidades são aprovadas pelo Decreto n.º 14708, de 10 de dezembro de 1927, e reafirmam o compromisso entre a regulamentação do jogo a repressão do jogo clandestino¹⁰⁰. Puniam-se os casos de exploração ilícita de jogo de azar com penas de prisão de dois a oito anos, e de expulsão do país, como indesejáveis, nos casos de reincidência, com multa nunca inferior a metade do valor dos bens (proémio do art. 1.º). Os jogadores, ou quem fosse encontrado em local de jogo de azar não autorizado, eram punidos com pena de um a três anos e multa nunca inferior a um quinto dos seus haveres (proémio do art. 2.º), sendo punidos com a expulsão do país os casos de reincidência (§2). Estimulava-se, inclusive, a denúncia dos casos de tavolagem pelos jogadores, com a recuperação de tudo o que tivessem perdido ao jogo (art. 5.º)¹⁰¹.

Idêntica reformulação é realizada com o Decreto-Lei n.º 41562, que diminuiu a pena no caso da tavolagem (proémio do art. 45.º) e aplicou apenas pena de multa aos jogadores (art. 47.º). Este diploma não criminaliza a presença em local não autorizado de jogo de fortuna ou azar, contudo, este

Novo» (*op. cit.*, p. 59). Também OLIVEIRA MARQUES (Dir.), *A Liga de Paris e a Ditadura Militar (1927-1928). A Questão do Empréstimo Externo*, Lisboa: Publicações Europa-América, 1976, pp. 81-84.

⁹⁹ IRENE VAQUINHAS, *ibidem*.

¹⁰⁰ Assim, os debates parlamentares dos anos que antecedem a aprovação da LJ de 1927 (*Diário da Câmara do Deputados*, 136.ª sessão, em 27 de julho de 1923, fls. 4-7, e 85.ª sessão, em 19 de maio de 1924, fls. 5-6).

¹⁰¹ A moldura das penas foi objeto de redução pelo Decreto n.º 16416, de 25 de janeiro de 1929.

tipo penal volta a ser reintroduzido¹⁰² com a alteração operada pelo Decreto-Lei n.º 47623, sendo mantido pelo Decreto-Lei n.º 48912¹⁰³.

A atual LJ – Decreto-Lei n.º 422/89 – não só elevou as molduras penais para os crimes de exploração ilícita de jogo, de prática ilícita de jogo e presença em local de jogo ilícito, aproximando-as do quadro penal de 1929, como criou novos tipos penais. São, agora, punidas a coação à prática de jogo, o jogo fraudulento, a usura para o jogo e as condutas que tornem acessível o material ou utensílios utilizados no jogo de fortuna ou azar¹⁰⁴. Este diploma representa uma mudança de rumo face aos anteriores diplomas, punindo mais severamente e renovando os tipos que resultavam dos Códigos Penais de 1852 e de 1886, bem como das *Ordenações*.

Numa abordagem superficial, resulta impercetível a alteração de paradigma no quadro penal atinente ao jogo de azar. As molduras penais do

¹⁰² O crime do art. 111.º da atual LJ, «Presença em local de jogo ilícito», apresenta uma estrutura anacrónica. Este tipo de ilícito integra uma condição objetiva de punibilidade – «Quem for encontrado em local de jogo ilícito», comum aos tipos penais do jogo de fortuna ou azar previstos nas *Ordenações* (sobre as condições objetivas de punibilidade v. FEDERICO COSTA PINTO, *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, tomo II, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 505-552, e, ainda, CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Editorial Civitas, 2001, pp. 969 a 992). A norma levanta problemas de conformidade constitucional pela difícil perceção do bem jurídico tutelado. E ainda que se entenda ser a ordem pública, não parece existir uma relação tensional entre a conduta de agente e o bem jurídico a proteger. O preceito aparenta defender os bons costumes de uma forma moralizante, o que não significa que aos tipos penais esteja vedada a proteção da moral, mas não devem erguer-se por esse motivo (concordante, e resgatando a teoria de DWORKIN, v. ANDREW ALTMAN, *Arguing About Law, An Introduction to Legal Philosophy*, Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1996, pp. 42-43). Não estamos convictos de que tal conduta seja imoral, menos ainda que se converta num dano para a sociedade, pois não se traduz em algo contrário à ordem e tranquilidade pública (sobre quando a imoralidade se converte em danosidade social v. MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA, «*Constituição e Crimes: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*», Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, pp. 151-152 (nota 420). O crime do art. 111.º da LJ encontrava-se, na sua redação primeva, disposto no proémio art. 2.º do Decreto n.º 14:708, de 10 de Dezembro de 1927, dispondo que «As pessoas que forem encontradas jogando jôgo de fortuna ou azar (...) e as que estiverem presentes na sala de jôgo (...) serão punidas (...)», fixando para ambas a mesma moldura penal. Para o legislador tratavam-se de condutas idênticas na ação – prática de jogo de azar -, mas em algumas residia um problema de prova da prática de jogo – as que não eram encontradas jogando jogo de azar, mas já tinham jogado. Só assim é perceptível idênticas penas para condutas, aparentemente, distintas e redigidas no mesmo preceito. Tal premissa retiramo-la do facto de aquele art. 2.º ter uma redação idêntica ao Projeto de Lei n.º 147-H, apresentado na 75.ª sessão ordinária do 3.º período da 1.ª legislatura, em 21 de abril de 1913, cujo art. 11.º dispunha que «Os indivíduos encontrados em qualquer local onde se estiver exercendo o jôgo de azar, parada ou fortuna, ainda que não sejam surpreendidos ou capturados em flagrante delito de jôgo, serão punidos». Sobre a cláusula de flagrante delito v. FEDERICO DA COSTA PINTO, *op. cit.*, pp. 709-711.

¹⁰³ Alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 82/83, de 11 de fevereiro, e 22/85, de 17 de janeiro.

¹⁰⁴ Arts. 108.º a 115.º.

CP de 1886, relativas à exploração ilícita de jogo¹⁰⁵ e da prática ilícita de jogo¹⁰⁶, são muito inferiores àquelas que encontramos na LJ de 1927. O grassar dos casos de jogo de azar não terão constituído, de per si, a motivação para a forte penalização do jogo de azar na década de 20. O problema não residia na ausência de lei penal adequada, mas sim da aparente anuência das autoridades para com as casas de jogo¹⁰⁷, com a consequente inaplicabilidade da Lei.

Tal agravamento só é compreensível no compromisso da autorização regulamentada. A severa punição da exploração e prática de jogo fora das zonas de jogo, por forma a assegurar que não se jogasse fora destas, constituiu a «moeda de troca» para a forte tributação das sociedades detentoras dos casinos. Assim se obteve o apoio financeiro necessário ao movimento que deflagrou em 28 de maio e que proporcionou a institucionalização do Estado Novo¹⁰⁸.

Com o modelo de autorização regulamentada a exploração de alguns jogos de fortuna ou azar encontra-se concessionada, sendo o jogo permitido nos casinos existentes nas zonas de jogo permanente ou temporário (art. 3.º, n.º 1). Em condições excecionais poderão ser explorados fora daquelas zonas, como é o caso do jogo explorado em navios ou aeronaves, desde que fora do território nacional (arts. 6.º, n.º 1), dos jogos não bancados e das máquinas de jogo (art. 7.º, n.ºs 1 e 2).

Os jogos que podem ser explorados nos casinos, nas zonas de jogo autorizado, são os constantes do elenco do art. 4, n.º 1. O legislador, intencionalmente, utilizou o advérbio «nomeadamente», a fim de consagrar que nos casinos podem ser explorados alguns jogos de azar, indicando alguns deles. Não é interdita a exploração de novos jogos de azar nos casinos,

¹⁰⁵ Pena de prisão correccional de dois meses a um ano (proémio do art. 267.º).

¹⁰⁶ Pena de prisão até seis meses no caso do jogador que se sustente do jogo (art. 264.º conjugado com o art.º 256.º) ou de repreensão no caso do jogador comum (art. 265.º).

¹⁰⁷ Com idêntica afirmação, JORGE CRESPO, «Os Jogos de Fortuna ou Azar em Lisboa em Fins do Antigo Regime», *Revista de História Económica e Social*, N.º 8, Sá da Costa Editora, Julho-Dezembro de 1981, 77-94 (pp. 79-80), para quem as variantes introduzidas na repressão revelam a hipocrisia dos seus autores, onde imperam razões de carácter moral e de perspectiva económica-política.

¹⁰⁸ Concordante, IRENE VAQUINHAS, *op. cit.*, p. 59.

contudo carece de uma autorização do membro do Governo da tutela, após parecer da Inspeção-geral de Jogos ao requerimento da concessionária (n.º 3).

Desde o início do século passado que a atividade do jogo passou a ser considerada lícita, desde que exercida sobre fortes condicionalismos, por ser entendida como uma atividade de risco¹⁰⁹. Ao jogo foi-lhe atribuído um estatuto de legalidade, quando exercido em zonas delimitadas geograficamente – as zonas de jogo – e desde que autorizada a sua exploração.

Encontramos nos primeiros diplomas, fruto de uma visão pejorativa do jogo, uma apertada restrição de acesso às salas de jogo. Em 1927, para além dos menores e dos que vivessem sob tutela ou curatela, estavam impedidos de aceder às salas de jogo os estudantes de qualquer estabelecimento de ensino do Estado, os funcionários do Ministério das Finanças e os tesoureiros, pagadores de quaisquer outros Ministérios, os funcionários e agentes de qualquer polícia, os militares em geral, os Magistrados Judiciais e do Ministério Público e os oficiais de justiça, os que pelas funções dispusessem de dinheiro alheio e os que não provassem auferir um rendimento anual suficiente (art. 32.º do Decreto n.º 14643, de 3 de dezembro).

Em 1958 as restrições assumem maior severidade, acrescentando-se que ficava vedado o acesso aos menores de 25 anos de nacionalidade portuguesa, 21 anos para os menores de outras nacionalidades, e às mulheres casadas que não se fizessem acompanhar dos seus maridos ou não fossem por eles expressamente autorizadas (art. 24.º do Decreto-Lei n.º 41562).

Em 1969, todas as restrições relativas às funções profissionais estendem-se aos respetivos cônjuges (§ 1, n.º 2, do art. 30.º do Decreto-Lei n.º 48912)¹¹⁰.

¹⁰⁹ Concordante MARIA ISABEL CLÍMACO, «Os Jogos de Fortuna e Azar – O Lazer Tolerado ou o “Vício” Legalizado?», in *Homenagem a José Guilherme Xavier de Basto*, org. de J. L. Saldanha Sanches e António Martins, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 469-495 (p. 484).

¹¹⁰ Estas restrições, bem como aquelas em função do género, foram revogadas pelas alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 82/83, de 11 de fevereiro.

Do que fica dito, verificamos que o legislador procurou, sempre, manter o jogo inacessível a determinados cidadãos, isolando-o da «vida normal» de trabalho. Concordamos, por tudo o que dissemos, com alguns autores quando referem que a legalidade atinente à atividade do jogo foi, sobretudo, uma legalidade inevitável, um «mal menor», porque «não houve ao longo destas últimas décadas uma mudança radical na atitude do legislador, mas antes uma postura pragmática»¹¹¹.

Apesar do paradigma social sobre jogo de fortuna ou azar ter mudado ao longo do século passado, as várias revisões legislativas pouco mais alcançaram do que a renovação do quadro fiscal sobre o jogo e a supressão de algumas normas restritivas da liberdade individual, sob exigência de uma conformidade constitucional. Apesar dos vários diplomas legislativos, aqui trazidos, o legislador nunca se preocupou em perceber o jogo de azar. Apenas se preocupou em reprimi-lo, em proibi-lo. As concepções morais sobre o jogo de pura sorte, e mais ainda sobre o jogo de fortuna ou azar (jogo com apostas), ofuscaram a visão do legislador ao longo dos tempos.

¹¹¹ MARIA ISABEL NAMORADO CLÍMACO, *op. cit.*, p. 485.

CAPÍTULO III – O ATUAL PARADIGMA NOS JOGOS DE CASINO

Alguns autores referem-se ao jogo de fortuna ou azar como jogo ilícito, outros entendem que é a sua exploração que pode ser ilícita. Na verdade, quer uns quer outros estarão corretos, dependendo apenas do âmbito de aplicação.

Haverá jogo ilícito, quando não autorizado, para efeitos de aplicação do art. 1245.º e ss do CC, porquanto o jogo de fortuna ou azar não é contrato válido nem é fonte de obrigações civis nem naturais; e teremos exploração ilícita de jogo de fortuna ou azar, quando não autorizada, para efeitos de aplicação da Lei Penal, nos termos do art. 108.º da LJ.

O legislador, ao instituir a autorização regulamentada, retirou ao jogo de fortuna ou azar a natureza de jogo ilícito para efeitos penais. É errado remeter o jogo de azar para a categoria dos produtos ilícitos, como acontece, v. g., com o produto estupefaciente. Considerar o jogo, em termos penais, como um produto ilícito em si mesmo levaria à impossibilidade da sua exploração, que, como vemos, não foi a opção do legislador de 1927.

Do mesmo modo, o TJUE já se referiu ao jogo de fortuna ou azar, dispondo que «as lotarias não podem ser consideradas como atividades cuja nocividade leva a proibi-las em todos os EM e cuja situação, face ao direito comunitário, possa ser comparada com a das atividades relativas aos produtos ilícitos», apontado precisamente, como exemplo, o caso do produto estupefaciente¹¹². O juízo é extensível aos demais jogos de fortuna ou azar¹¹³, porque, não obstante a exploração do jogo de azar ser, em princípio ilegal, pode ser objeto de autorização regulamentada. O TJ, ao entender que a atividade de jogo não deve ser comparada às atividades de produtos ilícitos, considera que o jogo de azar não é um produto ilícito. Por outras palavras, a exploração do jogo de azar sem autorização é que é ilícita e não o próprio jogo que lhe serve de substrato.

¹¹² N.º 32 do ac. Schindler, de 24 de março de 1994, em <http://curia.europa.eu>.

¹¹³ N.º 15 do ac. Läärrä, de 21 de setembro de 1999, em <http://curia.europa.eu>.

5. O crime de exploração ilícita de jogo de fortuna ou azar

A exploração ilícita de jogo de fortuna ou azar encontra previsão legal no art. 108.º da LJ. Comete o crime de exploração ilícita de jogo «Quem, por qualquer forma, fizer a exploração de jogos de fortuna ou azar fora dos locais legalmente autorizados» (n.º 1).

Se os termos «por qualquer forma» e «fora dos locais legalmente autorizados» não parecem suscitar questões de relevo; o conceito «exploração» levanta interrogações, *maxime* quanto ao bem jurídico protegido pela norma.

O explorador comete tantos crimes de exploração ilícita de jogo quantos jogos, do mesmo ou de diverso tipo, explore num dado momento? Ou, distintamente, comete tantos crimes quantos os jogadores envolvidos em determinado jogo? Para preenchimento do tipo requer-se a participação do jogador no jogo ou, inversamente, nem se exige que haja jogo em curso?

Estas são algumas das questões que o conceito de «exploração» levanta e às quais procuramos dar resposta nas seguintes linhas.

5.1.A exploração ilícita

Como verificámos, o conceito de jogo de fortuna ou azar é de notória ambiguidade. Para além dos conceitos indeterminados de «fortuna», de «azar» e do próprio «jogo», também o conceito de «exploração», enquanto elemento objetivo do tipo do art. 108.º da LJ, merece alguma reflexão.

Em regra, o legislador procura descrever o comportamento ilícito sem o qualificar, mas no caso do crime de «exploração ilícita de jogo» utilizou o termo a definir – exploração – no termo definido, qualificando a conduta em vez de a descrever, construindo um conceito jurídico indeterminado¹¹⁴.

¹¹⁴ Para uma visão mais abrangente do termo v. BERND SHÜNEMANN, «Las Reglas de la Técnica em Derecho Penal», in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 47, fasc. 3, Madrid: Ministério de Justiça e Interior, Centro de Publicaciones, 1994, 307-341 (pp. 332-340). No sentido

Estamos em crer que o legislador andou avisadamente nesta matéria, mas com alguma indecisão¹¹⁵, procurando não minudenciar a conduta típica na previsão dos casos possíveis de exploração ilícita de jogo. No entanto, esta opção levanta algumas dificuldades na subsunção da conduta do agente à previsão legal do crime pela dificuldade de percepção do bem jurídico tutelado.

O conceito de «exploração» não remete, sem mais, para uma conduta ilícita, mas no domínio do jogo de azar o legislador, de 1927, terá entendido reconduzi-lo à «Acção de tirar partido de uma circunstância, de um ato infeliz, de uma tendência de alguém, para auferir vantagens mais ou menos imorais: explorar o vício de alguém»¹¹⁶. Hoje, já não é possível entender a exploração nestes termos, pois poderia conduzir o aplicador do direito a considerar que o objeto da exploração radicaria na pessoa do jogador.

Porque atender ao tipo de ilícito apenas com referência ao conceito de exploração poderia conduzir à circunstância de não se estar perante algo ilícito, ou que a tutela do bem jurídico ficaria aquém do pretendido, a norma exige que o que se explora seja o jogo de fortuna ou azar. Assim, a exploração será ilícita se relativa ao jogo de fortuna ou azar e realizada fora dos locais legalmente autorizados referidos nos arts. 3.º, 6.º e 7.º da LJ.

Neste sentido caminharam vários ordenamentos jurídicos. Sobretudo no contexto europeu, todos os países são unânimes em proibir as formas não autorizadas de exploração do jogo de fortuna ou azar.

A legislação francesa, por exemplo, assenta tal como a nossa, sob o princípio da proibição da exploração do jogo de fortuna ou azar, atualmente com previsão nos arts. L320-1 a L324-10 do *Code de la Sécurité Intérieure*,

de distinguir entre normas penais em branco e conceito indeterminados v. TEREZA PIZARRO BELEZA e FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *O Regime Legal do Erro e as Normas Penais em Branco: Ubilex Distinguit*, Coimbra: Livraria Almedina, 1999, pp. 34-35.

¹¹⁵ É assim que numa redação um tanto arcaica a norma estabelece que «Quem (...) fizer a exploração...», em vez de objetivamente mais simples estabelecer, por exemplo, «quem explorar».

¹¹⁶ GRANDE ENCICLOPÉDIA Portuguesa e Brasileira, vol. X, *op. cit.*, p. 753.

criado pela *Ordonnance n.º 2012-351, du 12 mars 2012*¹¹⁷. Neste ordenamento, sob o art. L324-1, pune-se a conduta de participar, inclusive como banqueiro, para a realização de uma casa de jogo de azar.

Em Itália, o jogo de fortuna ou azar encontra-se regulado nos arts. 718.º a 722.º do *Codice Penale*, prevendo a incriminação da exploração ilícita de jogo (*Esercizio di giuochi d'azzardo*), punindo quem em local público ou aberto ao público, ou em clubes privados de qualquer tipo, mantenha um jogo de azar.

Por seu lado o *Strafgesetzbuch* apresenta, quanto aos tipos penais, semelhanças com o Código Penal italiano, punindo quem sem autorização de uma autoridade pública organizar ou operar publicamente um jogo de azar (§ 284) (cap. 25.º da Parte Especial).

De igual modo a *Loi Belge, du 7 mai 1999, «sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs»*, prevê um tipo penal correspondente, no nosso ordenamento jurídico, ao crime de exploração ilícita de jogo (arts. 4.º, §1, e 63.º), consagrando que é proibido a qualquer pessoa explorar um jogo de azar ou um estabelecimento de jogo de azar.

O ordenamento jurídico britânico representa uma alteração de paradigma na regulamentação do jogo de fortuna ou azar, face à maioria dos EM da UE, porque o *Gambling Act 2005*, de 7 de abril, estabelece uma separação entre os atos privados e não comerciais de jogo e de aposta dos atos profissionais e comerciais de jogo e aposta. A Lei britânica, sob a epígrafe «*Provision of facilities for gambling*» (*section 33, part 3, chapter 19*), pune quem providencie instalações para a prática do jogo de fortuna ou azar, desde que com fins lucrativos ou comerciais. Fora do âmbito de incriminação ficam as condutas de cedência do local para jogar/apostar, bem como a prática de jogo/aposta, nos termos das *sections 296 e 298, da part 14*,

¹¹⁷ Os franceses referem-se-lhe como *jeux d'argent et de hasard* – jogos de dinheiro e de azar (tradução nossa) e não punem a prática ilícita de jogo, nem a presença em local de jogo ilícito.

(*Exceptions to offences*), sempre que se trate de jogo privado (*private gaming*) ou aposta privada (*private betting*)¹¹⁸.

Especial referência merece-nos o ordenamento jurídico espanhol, por ter sido dos últimos a regulamentar a exploração e prática do jogo de azar e, por recentemente, ter aprovado o quadro legal atinente à exploração do jogo online (*Ley 23/2011, de 28 mayo*).

A Lei castelhana punia as atividades em torno do jogo de azar nos arts. 349.º e 575.º¹¹⁹ do Código Penal espanhol, aprovado pelo *Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre*, com as penas de «*arresto mayor*»¹²⁰ e de multa. Todavia, em 1977, o Governo espanhol aprova o *Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 de febrero*, afastando o sistema de proibição absoluta e regulamentando a prática e exploração de jogo de azar e apostas, mantendo, as incriminações que resultavam dos arts. 349.º e 250.º do Código Penal espanhol.

Fruto da querela doutrinal e jurisprudencial¹²¹, o legislador castelhano aprova a *Ley 34/1987, de 26 de diciembre*¹²², cujo objecto «*es la regulación de la potestad sancionadora de la administración pública en materia de juegos de suerte, envite o azar*» (n.º 1 do art. 1.º). Decorrente da *Constitución Española*, de 1978, e daquele diploma, às Comunidades Autónomas são-lhes conferidos, no seu âmbito territorial, amplos poderes para legislar sobre o jogo de azar (n.º 2). O preceito legal revogou o art. 2.º da LJ espanhola, deixando de incriminar as condutas atinentes à exploração e prática ilícitas de jogo, que são agora consideradas infrações administrativas (n.º 3).

¹¹⁸ Consideram-se jogo privado e aposta privada os casos em que o jogo e aposta são desenvolvidos em local privado e que não haja pagamento pela participação no evento (*part 1 e 2, schedule 15*).

¹¹⁹ Punindo quer a exploração, quer a prática de jogo de fortuna ou azar.

¹²⁰ Consistia numa pena privativa da liberdade com a duração mínima de um mês e um dia a seis meses, sendo cumprida em sistema de reclusão (arts. 30.º e 84.º).

¹²¹ Sobre a distribuição de competências legislativas no Estado espanhol entre o Governo e as Comunidades Autónomas v. MARIA RAMIS REBASSA, passim *Régimen Jurídico del Juego*, Madrid: Ediciones Jurídicas Marcial Pons, 1992, pp. 116 e 139.

¹²² Posteriormente revogado pela *Ley 23/2011, de 27 de mayo*, salvo para as Comunidades Autónomas de Ceuta e Melilla, enquanto não adotarem legislação específica (ponto 11.º da disposição derogatória).

Apesar de a atividade do jogo de fortuna ou azar ser um dos domínios onde, ainda, não há harmonização na UE¹²³, todas as legislações dos vários EM consagram normas que proíbem a exploração não autorizada deste tipo de jogo. Se nos fixarmos no elemento literal verificamos que o escopo das normas das várias legislações nacionais é proibir as condutas que, por qualquer forma, e em alguns casos visando obter lucro, ofereçam condições para a prática do jogo de azar – nisto consistindo a exploração de jogo de fortuna ou azar.

Este é, também, o propósito do art. 108.º da LJ, quando no n.º 1 sanciona penalmente os casos de exploração de jogo de azar fora dos locais legalmente autorizados. Todavia o conceito – indeterminado – de exploração não tem merecido a devida reflexão dos tribunais¹²⁴, o que a nosso ver é potenciador de uma errada aplicação da norma aos factos.

Por vezes os tribunais confundem a existência de lucro com a exploração do jogo de azar¹²⁵. Em rigor, a exploração de uma qualquer realidade compreende um fim de lucro, ao que a exploração do jogo de fortuna ou azar não é alheia. Mas, fazer depender a exploração do jogo da existência de lucro é exigir do n.º 1 algo que no elemento literal não tem um mínimo de adesão¹²⁶. No crime de exploração ilícita de jogo de fortuna ou azar não se exige que o explorador aufera vantagens com o jogo, mas sim que

¹²³ A UE nunca legislou, até à data, sobre o jogo de fortuna ou azar. A sua regulamentação é um dos domínios onde há consideráveis divergências de ordem moral, religiosa e cultural entre os EM. Alguns, sem sucesso, têm invocado determinadas Diretivas comunitárias atinentes à prestação de serviços de comunicações em linha – Diretivas 96/19/CE, de 13 de março de 1996, que altera a Diretiva 90/388 no que diz respeito à plena concorrência nos mercados das telecomunicações, a Diretiva 97/13/CE, de 10 de abril de 1997, relativa aos serviços de telecomunicações e a Diretiva 97/66/CE, de 15 de dezembro de 1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das telecomunicações. Todavia estes textos não adotam qualquer disposição explícita ou implícita sobre a exploração do jogo de fortuna ou azar. Adicionalmente, as Diretivas 2000/31/CE, de 8 de junho, relativa ao comércio eletrónico, e 2006/123/CE, de 12 de dezembro, relativa aos serviços no mercado interno, excluem expressamente este tipo de jogo do âmbito das mesmas (terceiro travessão, al. d) do n.º 5 do art. 1.º e al. h) do n.º 2 do art. 2.º).

¹²⁴ Na larga maioria das decisões judiciais o conceito de exploração é dado como adquirido, e a reflexão gira apenas em torno da distinção entre o jogo de fortuna ou azar e as modalidades afins.

¹²⁵ São frequentes as decisões em que encontramos referências a «explorar lucrativamente o material apreendido», a «exploração lucrativa das máquinas» e a «exploração e desenvolvimento de tais jogos» (acórdãos do TRC, de 01-02-2007, rel. por Jorge Dias, e de 16-05-2007, já referido, em www.dgsi.pt).

¹²⁶ O conceito de exploração deve extrair-se da exegese dos textos legais. Neste sentido, FERNANDO AZEVEDO MOREIRA, «Conceitos Indeterminados; sua Sindicabilidade Contenciosa», in *Revista de Direito Público*, n.º 1, Ano I, Lisboa: Vulgus Editora, Novembro 1985 p. 65 e ss.

tenha essa intenção. Todavia, e porque tal não basta, para que se preencha o ilícito típico da exploração ilícita, o agente tem de criar as condições para o desenvolvimento do jogo¹²⁷ – para a prática do jogo. Estamos perante um crime de resultado cortado¹²⁸, em que a existência de lucro do explorador não constitui elemento do tipo legal da exploração ilícita. Para preenchimento dos tipos objetivo e subjetivo, basta que o agente, visando o lucro, atente contra o sistema de autorização regulamentada pela materialização das condições para a prática de jogo de azar, logo um crime de mera atividade.

Ao não se exigir que haja lucro na exploração tem-se como possível que o explorador tanto pode no início, durante e após a exploração, ter obtido lucro como prejuízo. Com efeito, o explorador pode até nem ter tido lucro nem prejuízo e encontrar-se na mesma situação patrimonial. Nestes termos, sendo irrelevante a existência de lucro, e bastando que o explorador crie as condições para a prática do jogo de azar, também não será de exigir que haja jogo de fortuna ou azar em curso, mas apenas que esteja disponível para ser jogado¹²⁹.

No crime de exploração ilícita de jogo não se exige a lesão de um bem jurídico, mas apenas o perigo de lesão. A formulação do preceito revela-nos que o legislador presume o perigo¹³⁰ de lesão resultante da conduta típica – a

¹²⁷ Neste mesmo sentido, as poucas decisões judiciais que se debruçam sobre o conceito de exploração ilícita entendem que «A exploração de jogos de fortuna ou azar envolve, em maior ou menor medida, a implementação de uma atividade empresarial **visando a obtenção de lucro**» (negrito nosso) (acórdãos do TRP, de 06-04-2005, rel. por José Adriano, e do TRE, de 10-03-2009 rel. por Proença da Costa, em www.dgsi.pt).

¹²⁸ No crime de exploração ilícita não tem de se verificar o efetivo lucro do explorador do jogo de azar. Neste crime não há inteira congruência entre o tipo objetivo e o tipo subjetivo, porque basta que se verifique a intenção da existência de lucro. A intenção (de lucro) do explorador (intrínseca ao conceito de exploração) tem por objeto uma factualidade (o lucro) que não pertence ao tipo objetivo. Sobre o crime de resultado cortado, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral*, tomo I, 2.º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 380.

¹²⁹ Da vasta jurisprudência, o ac. do TRP, de 14-04-2004, rel. por Teixeira Pinto, em www.dgsi.pt.

¹³⁰ No sentido de uma presunção inilidível, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral I*, 4.ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1992, p. 144; FARIA DA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 567; e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 67. Todavia, no sentido de uma presunção ilidível admitindo a prova negativa do perigo, RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo*, Lisboa: LEX, 1995, p. 33, e SILVA DIAS, «Entre “Comes e Bebes”: Debate de Algumas Questões Polémicas no Âmbito da Proteção Jurídico-Penal do Consumidor (a Propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)», in RPCC, ano 8, 1998, 515-592 (p. 524).

criação, com intenção de lucro, das condições materiais para a prática do jogo de fortuna ou azar, fora dos locais legalmente autorizados.

Assim erigido, o crime de exploração ilícita de jogo caracteriza-se por ser um crime de perigo abstrato, e coloca ao intérprete e aplicador do direito a dificuldade de perceção do bem jurídico protegido pela norma.

5.2.O bem jurídico tutelado

Apesar de as normas penais, em regra, não descreverem os bens jurídicos tutelados, é possível, mediante a descrição do facto lesivo, identificar o bem jurídico protegido. No entanto, a tarefa do intérprete é dificultada quando a letra da lei não é, inteiramente, fiel ao espírito do legislador, ou, amiúde, quando o «pluralismo hermenêutico»¹³¹ permite diversas interpretações.

A LJ é um claro exemplo da dificuldade de identificação do bem jurídico tutelado pela norma, assim o demonstra a vasta, mas paradoxal, jurisprudência dos nossos tribunais. Mas as dúvidas, e em alguns casos as falsas certezas, não assombram apenas o nosso ordenamento jurídico; ao TJ chegam pedidos de decisão prejudicial que evidenciam as dificuldades dos vários EM na interpretação da legislação sobre o jogo em conformidade com o Direito dos Tratados. Apesar de o TJ já ter proferido vários acórdãos, amiúde relativos à exploração do jogo de fortuna ou azar, a jurisprudência não é isenta de paradoxos e de contradições. Está em causa a violação da livre prestação de serviços (art. 56.º do TFUE), que os EM entendem restringir para defesa de interesses nacionais. Mas, o TJ não reconhece, em vários acórdãos, o bem jurídico invocado pela legislação nacional.

No nosso ordenamento, parte da doutrina entende que a LJ tutela um bem jurídico complexo, protegendo «a ordem pública, a segurança dos

¹³¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português. Parte Geral II. Teoria do Crime*, Lisboa: Editorial Verbo, 1998, pp. 21-22.

cidadãos, a infância e juventude, o livre desenvolvimento da personalidade, a estabilidade social e económica, os interesses fiscais do Estado e o património», visando «garantir e reforçar o próprio sistema de autorização regulamentada», a fim de proteger «o monopólio estatal da exploração dos jogos de fortuna ou azar»¹³², ou ainda, «em sentido amplo, o interesse público que resulta da legalidade do jogo e da utilização dos seus proventos económicos em benefício da sociedade, o que pode ser sintetizado na realização de uma certa *ordem, na paz pública e na justiça social*»¹³³. Para outros autores, na base da incriminação dos crimes de jogo de fortuna ou azar estão os bons costumes, a propriedade e o interesse fiscal, «ou certos entendimentos desses valores – cuja permanência na ordem jurídica resulta da inércia política»¹³⁴.

Quanto aos tribunais, estes resenham, em regra, o bem jurídico em torno dos valores de ordem e tranquilidade pública¹³⁵, entendendo presumir-se um perigo que resulta de outros crimes – rixas e delitos, fraudes e enganos múltiplos para garantir a vitória – provocados pela paixão do jogo.

Do que fica dito, constatamos que inexistente consenso sobre o bem jurídico tutelado no crime de exploração ilícita de jogo de fortuna ou azar, em que doutrina e jurisprudência divergem, não só entre si, mas também em si mesmas¹³⁶. Longe de se tratar de pura semântica, a questão levanta problemas de ordem legal e constitucional, porque de uma errada identificação do bem jurídico a proteger resultará uma desadequada aplicação do Direito Penal.

Para esta ordem de problemas, segundo entendemos, contribuíram o emaranhado de diplomas atinentes ao jogo de azar e uma deficiente técnica legislativa traduzida na ausência de conceitos-chave, bem como uma

¹³² CONDE FERNANDES, *op. cit.*, p. 352.

¹³³ VASCO ROQUE, *A Lei do Jogo e Seus Regulamentos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 707.

¹³⁴ RUI PINTO DUARTE, *op. cit.*, p. 89.

¹³⁵ Ac. do STJ, de 04-10-2010, rel. por Rodrigues da Costa; ou o ac. do TRC, de 01-02-2006, rel. por Elisa Sales, em www.dgsi.pt.

¹³⁶ V., por exemplo, o ac. do TRE, de 03-06-2008, rel. por João Gomes de Sousa, em www.dgsi.pt, que recorta o bem jurídico em termos aproximados a CONDE FERNANDES.

desajustada consideração de motivos nos preâmbulos das sucessivas Leis do Jogo, em tudo cunhadas por uma visão ético-social moralizante do jogo.

5.2.1. Identificação e delimitação do bem jurídico: limite à moralização do Direito Penal do jogo

A norma penal vigente sobre o jogo de fortuna ou azar constitui, afigura-se-nos, o texto de excelência para identificação do bem jurídico tutelado. O legislador terá sabido depositar no seu escopo as razões da criminalização de certas condutas.

O primeiro aspeto que ressalta do preâmbulo¹³⁷ da LJ é de que a mesma se reveste «de interesse e ordem pública, dadas as respetivas incidências sociais, administrativas, penais e tributárias».

Em segundo, visa «instaurar um sistema mais adequado de regulamentação e de controlo da atividade, sem deixar de acautelar a defesa dos direitos constituídos e das legítimas expectativas das atuais concessionárias».

Em terceiro, através de uma exploração rentável promovem-se os «mercados interno e externo» e a animação e equipamento turístico das regiões.

Os motivos elencados no preâmbulo da LJ servem à doutrina e aos tribunais na identificação do bem jurídico a proteger. Mas, a mera identificação não basta; impõe-se a delimitação do mesmo. Só assim se esculpe o bem jurídico-penal constitucionalmente protegido. Ora vejamos:

- a) Grande parte da doutrina entende existir um escopo de proteção jurídico-penal dos interesses fiscais do Estado. Na verdade, a norma

¹³⁷ Parágrafos 2.º a 5.º.

confere um elevado grau de proteção à captação fiscal do Estado¹³⁸ na exploração do jogo de azar pelas concessionárias. Todavia, não se nos afigura líquido concluir que se mantêm crimes de jogo de azar¹³⁹ para proteção dos interesses fiscais do Estado. Dizer que os interesses fiscais do Estado resultam reflexamente protegidos não é o mesmo que dizer que a norma penal tem como fim a proteção desses interesses.

A norma penal goza de uma estrutura e finalidade distintas da norma fiscal. Com aquela previnem-se comportamentos contrários ao Direito, sancionando os autores com penas privativas da liberdade ou com penas de multa. De modo diverso, a norma fiscal está, no caso do imposto especial de jogo, orientada para a tributação do consumo do jogo. Por conseguinte, se uma tem finalidade proibitivo-sancionatória a outra tem finalidade meramente sancionatória¹⁴⁰.

Ambas as normas apresentam, também, diferenças quanto à sua estrutura, porque enquanto a norma penal do jogo tem por previsão a existência de um ato ilícito – crimes de jogo de azar –, a norma fiscal (não penal) assenta, atualmente, sobre atos lícitos¹⁴¹. Dito de outra forma, o interesse fiscal do Estado apenas incide sobre os casos de autorização regulamentada para exploração do jogo e não sobre ilícitos penais que não prevejam um intrínseco bem jurídico-penal fiscal a proteger.

¹³⁸ Através do imposto especial de jogo (arts. 84.º a 94.º LJ).

¹³⁹ «Exploração ilícita de jogo», «Prática ilícita de jogo», «Presença em local de jogo ilícito» e de «Material de jogo» (arts. 108.º, 110.º, 111.º e 115.º LJ).

¹⁴⁰ Aderimos à tese de SÉRGIO VASQUES de que sanção penal e imposto se distinguem pela sua estrutura, discordando, porém, que sejam idênticos quanto à finalidade. Entendemos que o imposto não tem, como a sanção penal, uma finalidade proibitiva, mesmo nos chamados «impostos do pecado» (*Os Impostos do Pecado: o Álcool, o Tabaco, o Jogo e o Fisco*, Coimbra: Almedina 1999, p. 61). A forte carga moral e as concepções sociais de bons costumes, que impelem o jogo à categoria de «mal social», por afastar o homem da austera vida normal de trabalho, permitem concluir, tal como SÉRGIO VASQUES, que o legislador primitivo impôs pelo fisco a sanção do consumo do jogo de azar (*op. cit.*, nota 80).

¹⁴¹ A estrutura sancionatória dos crimes de jogo de azar não assenta, como nas *Ordenações Filipinas*, em penas de exílio onde se sancionava pecuniariamente a exploração e prática do jogo de azar; ou na Resolução de 16 de maio de 1753, e no Alvará de 26 de março de 1754, onde se permitia a produção e exploração de cartas de jogar pelo pagamento das taxas fiscais.

Se pensarmos na situação de uma concessionária de jogo de fortuna ou azar que não proceda à entrega do imposto especial de jogo ou que omita os valores do capital em giro inicial¹⁴², verificamos que estarão em causa interesses fiscais, por se atentar contra o interesse público do Estado, sendo o bem jurídico-penal a proteger os valores da «verdade, transparência, segurança do tráfico probatório, confiança e fé pública nos documentos»¹⁴³, ou para alguma jurisprudência a «Conta do Estado»¹⁴⁴. A ofensa a estes valores só é possível quando determinada entidade estabelece uma relação com a Administração, tornando-se contribuinte¹⁴⁵, relação que não se verifica nos casos em que inexistente contrato de concessão para a exploração de jogo de azar.

Assim, nos casos em que não exista esta relação com a Administração não se poderá invocar a violação destes valores, enxertando-os numa norma penal (não fiscal), porque é a própria Administração que não permite essa relação, por não conceder a licença de exploração do jogo de fortuna ou azar. Não parece fazer sentido invocar a proteção de algo que não existe e não se quer, pois seria *venire contra factum proprium*.

O TJ mostra-se congruente com a nossa linha de argumentação de que o bem jurídico-penal, protegido pelas incriminações de jogo, não se ergue em torno dos interesses fiscais do Estado.

Nos vários pedidos de reenvio prejudicial sobre situações de exploração de jogo de fortuna ou azar, máxime na modalidade *online*, o TJ têm encontrado, nos fundamentos invocados pelos EM, dúvidas sobre a interpretação do Direito dos Tratados, bem como insuficientes,

¹⁴² Comete o crime de «Fraude fiscal» (art. 103.º da Lei n.º 15/2001, de 05 de junho, do «Regime Geral das Infrações Tributárias, com alterações últimas pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro.

¹⁴³ MANUEL DA COSTA ANDRADE, «A Fraude Fiscal – Dez Anos Depois, ainda um “Crime de Resultado Cortado”?», in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. III, Coimbra Editora, 2009, 255-292 (p. 278).

¹⁴⁴ Ac. do TRC, de 02-10-2013, rel. por Jorge Dias, em www.dgsi.pt.

¹⁴⁵ Nestes termos, o ac. do STJ, n.º 1/2013, de 15-11-2012, rel. por Henriques da Graça, publicado no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 4, de 7 de Janeiro de 2013, pp. 44-74.

e em alguns casos desadequadas, justificações para a restrição da livre prestação de serviços.

O TJ só tem admitido duas ordens de razões para se restringir a liberdade de prestação de serviços entre os EM: por um lado, pela aplicação derogatória dos arts. 51.^{o146} e 52.^{o147} TFUE e, por outro, pelas razões imperiosas de interesse geral¹⁴⁸.

Por sua vez os EM têm invocado que o regime de monopólio público da exploração do jogo de fortuna ou azar é importante «para a preservação de uma fonte importante de receitas para os Estados, substituindo a cobrança coerciva de impostos e servindo para financiar as políticas sociais, culturais e desportivas»¹⁴⁹.

Do que constatamos, esta fundamentação corresponde à primeira e à terceira linhas motivacionais de regulamentação do jogo de fortuna ou azar. No entanto, é jurisprudência assente do TJ que a diminuição de receitas fiscais e a angariação de receitas para fins de desenvolvimento do turismo e das regiões de forte implantação do jogo, e ainda a canalização do imposto do jogo para fins sociais, não só não integram as disposições derogatórias dos arts. 51.^o e 52.^o TFUE, bem como não constituem razões imperiosas de interesse geral. Essa afetação dos rendimentos obtidos pelo imposto especial do jogo de azar apenas pode constituir uma consequência benéfica acessória de uma restrição¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Permite afastar as liberdades dos Tratados quando estejam em causa atividades ligadas ao exercício de autoridade pública.

¹⁴⁷ Permite a restrição das liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços por justificadas razões de «ordem pública», «segurança pública» e «saúde pública».

¹⁴⁸ São construções jurisprudenciais do TJ que, não correspondendo a disposições expressas dos Tratados, constituem uma linha de interpretação e de harmonização do Direito da UE.

¹⁴⁹ Posição do Estado português no ac. Gambelli e o., de 6 de novembro de 2003, n.º 38, acompanhada pelos Estados sueco e belga (n.ºs 32 e 40), em <http://curia.europa.eu>.

¹⁵⁰ Entre outros, acórdãos Gambelli e o., n.ºs 61 e 62, Zenatti, n.º 36, de 21 de outubro de 1999; Dickinger e Ömer, n.º 55, de 15 de setembro de 2011; Stoß e o., n.º 104 e 105, apensos de 8 de setembro de 2010; Zeturf, n.º 51 a 53, de 30 de junho de 2011. Ainda, neste sentido, acórdãos ICI, de 16 de julho de 1998, e Danner, de 23 de outubro de 2002, n.º 56, em <http://curia.europa.eu>.

Na segunda linha de motivações para a formulação da LJ verificamos que o legislador tem em mente assegurar uma melhor regulamentação e acautelar os direitos constituídos das concessionárias. Assim exposto, afigurar-se-nos-ia que a LJ teria como fim, em si mesma, assegurar o sistema de autorização regulamentada e a manutenção do monopólio do jogo de azar. Não é que tal não seja possível, mas deve, apenas, constituir uma motivação acessória¹⁵¹ para a restrição da livre prestação de serviços.

Face ao exposto, não podemos concordar com os autores que entendem reconhecer interesses fiscais do Estado dignos de proteção jurídico-penal nos crimes de jogo. É que, para além de não identificarmos nos crimes de jogo um bem jurídico-penal de natureza fiscal, também o TJ não considera que os interesses fiscais dos EM sejam suporte bastante para restringir as liberdades dos Tratados, logo os Estados não podem erigir crimes com base nestes interesses. Qualquer restrição à livre prestação de serviços no domínio do jogo de fortuna ou azar que se erga para estrita proteção de interesses fiscais é violadora do Direito dos Tratados, e por maioria de razão sê-lo-á a legislação que lhe confira uma proteção penal¹⁵².

Bem sabemos que as liberdades dos Tratados estão pensadas para as situações em que um EM impõe restrições a um nacional de outro EM. No entanto, sempre que uma legislação penal nacional não deva restringir a liberdade de um nacional de outro EM, por ser

¹⁵¹ A razão de ser de um monopólio deve estar relacionada com o controlo dos riscos ligados ao sector dos jogos de azar, prosseguindo a prevenção do incentivo a despesas excessivas ligadas aos jogos e de luta contra a dependência do jogo, bem como da prevenção das formas de criminalidades que se desenvolvem em torno dos locais de jogo (neste sentido, e já referidos, os acórdãos Stoß e o., n.ºs 81 e 83, Zeturf, n.º 41, e Dickinger e Ömer, n.º 48).

¹⁵² Ac. Gambelli e o., n.º 57. Pese embora, em princípio, o Direito Penal seja do domínio da competência absoluta dos EM, «é jurisprudência assente que o direito comunitário impõe limites a esta competência, não podendo tal legislação, com efeito, restringir as liberdades fundamentais garantias pelo direito comunitário» (ac. Placanica, de 6 de março de 2007, n.º 68). Um EM não poderá aplicar uma sanção penal por o agente não ter uma autorização administrativa, sempre que tal autorização seja recusada «ou tornada impossível pelo EM em questão em violação do direito comunitário» (n.º 69, e ac. Sjöberg, já referido, n.º 49). V., ainda, ac. Calfa, de 19 de janeiro de 1999, e ac. Rienks, de 15 de dezembro de 1983, n.ºs 10 e 11), conclusões do advogado-geral Yves Bot, de 15 de setembro de 2011, n.ºs 45 a 50, em <http://curia.europa.eu>.

contrária¹⁵³ ao Direito dos Tratados, também não deve, *a pari*, sancionar a conduta do nacional do próprio EM, sob pena de se violar o princípio constitucional da igualdade¹⁵⁴.

- b) Se os interesses económico-sociais e os interesses fiscais do Estado são insuficientes para fundamentar uma opção de incriminação das condutas de jogo de fortuna ou azar; de modo diverso, os valores de ordem e tranquilidade pública poderão constituir a razão da opção pela incriminação daquelas condutas.

Da nossa excursão histórico-legislativa, verificamos que ao longo dos tempos se foi cimentando uma ideia de proteção da ordem e tranquilidade pública. O legislador primevo foi deixando de parte uma conceção pejorativa do próprio jogo de fortuna ou azar e criminalizou as condutas de jogo com referência à proteção da ordem e tranquilidade pública¹⁵⁵. A razão de ser teve que ver com recrudescimento de condutas violentas associadas aos locais de prática do jogo de azar.

A ordem pública é um conceito que serve à ordem jurídica no seu todo. De utilização corrente, entre outros, no âmbito constitucional, no administrativo, no civil e no penal, são várias as teorias para a sua densificação. Entre nós, ANA PRATA remete-o ao «Conjunto de princípios basilares de uma dada ordem jurídica, fundados em valores de moralidade, de justiça e ou de segurança social, que regulam interesses gerais e considerados fundamentais da colectividade»¹⁵⁶. Por

¹⁵³ Seria o caso de a LJ se erguer para da proteção de interesses fiscais e da ordem social.

¹⁵⁴ N.ºs 1 e 2 do art. 13.º da CRP. A não ser assim, poderíamos ter, na mesma circunstância, um nacional português que lhe visse aplicada uma sanção penal por violação da LJ, enquanto um nacional de outro EM ficaria sob a égide da livre prestação de serviços.

¹⁵⁵ As *Ordenações Filipinas* já procuravam a proteção da ordem e tranquilidade pública, pois proibiam o explorador de jogo de demandar quem praticasse crimes nas casas de jogo (Título LXXXIII, art. 5.º). De igual modo, o 6.º parágrafo do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de janeiro.

¹⁵⁶ *Dicionário Jurídico*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 837.

seu lado, EMMANUELLE NÉRAUDAU-D'UNIENVILLE entende que compreende «*principes sur lesquels repose l'organisation sociale*»¹⁵⁷.

Ambas as definições reportam a uma mesma ideia central de proteção de direitos e liberdades individuais e de princípios gerais do Direito, bem como de valores essenciais à vida em sociedade.

Na jurisprudência da UE, o TJ entende que uma ameaça à ordem pública pressupõe a existência de uma ameaça real e suficientemente grave que afete um bem fundamental da sociedade, sendo algo mais lesivo que a mera perturbação da ordem social, resultante da infração da lei¹⁵⁸, conceção a que aderimos na íntegra. Assim, afigura-se-nos que uma ameaça à ordem pública ocorrerá, v. g., pelo cometimento de crimes contra as pessoas ou contra a sociedade¹⁵⁹. Ora, do nosso percurso histórico verificamos que o fenómeno de jogo de azar sempre potenciou o cometimento de vários crimes, v. g., agressões, rixas, roubos, furtos, coações, fraudes, usura e até mesmo homicídios, ao que acresce, nos nossos dias, o crime organizado¹⁶⁰. É neste sentido que se entende existir uma ameaça real e suficientemente grave de lesão da ordem e tranquilidade pública, pelo potencial de cometimento de vários crimes pelos e contra os jogadores, sendo este o caminho que a jurisprudência mais recente vai percorrendo¹⁶¹.

- c) A tudo isto, acresce o facto de que, no excuro das opções de política criminal, não só não estiveram em causa ponderações de saúde

¹⁵⁷ *Ordre Public et Droit des Étrangers en Europe*, Bruxelles: Bruylant, 2006, p. 7. Numa conceção de «ordem e segurança públicas», ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA entende conduzi-la à capacidade de funcionamento das instituições democráticas, ao respeito pelos direitos fundamentais e ao próprio direito positivo em geral (*Direito de Reunião e de Manifestação*, Lisboa: Quid Juris?, 2009, p. 97).

¹⁵⁸ N.º 35 do ac. Regina de 27 de outubro de 1977, em <http://curia.europa.eu>.

¹⁵⁹ Com idêntica conclusão para a paz social e tranquilidade pública, AAVV, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Figueiredo Dias (dir), tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 480.

¹⁶⁰ V. o *Livro Verde: Sobre o Jogo em Linha no Mercado Interno*, da Comissão Europeia, em especial pp. 26-30, em <http://www.infoeuropa.euroid.pt>.

¹⁶¹ Acórdãos do TRP de 04-02-2015, rel. por Neto de Moura, de 08-02-2012, rel. por Maria do Carmo Silva Dias, de 28-03-2012, rel. por Carlos Espírito Santo, e do TRL 25-06-2009, rel. por Fátima Mata-Mouros, em www.dgsi.pt.

pública¹⁶², que o TFUE claramente distingue da ordem pública¹⁶³, como ainda discordamos de autores que entendem recortar do bem jurídico protegido a estabilidade económica, a segurança dos cidadãos, a infância e a juventude e o livre desenvolvimento da personalidade. Se por um lado, o TJ referiu que nas medidas derogatórias das liberdades constantes dos Tratados não figuram questões económicas¹⁶⁴, por outro não conseguimos isolar a «segurança dos cidadãos», enquanto bem jurídico-penal, para além dos casos referidos que atentam contra a tranquilidade pública.

Como bem refere o TC, no ac. n.º 99/02, estamos perante interesses constitucionalmente protegidos, todavia parece-nos que, como tantos outros, não configuram um bem jurídico-penal. A não ser assim, estaríamos a aderir à existência de injunções constitucionais implícitas de criminalização, no sentido de só porque a normal constitucional consagra a proteção da propriedade teríamos de criminalizar toda e qualquer conduta que colocasse este bem jurídico em perigo¹⁶⁵.

- d) De igual modo, também não se nos afiguram sólidos os entendimentos de «que a opção pela incriminação visa salvaguardar e reforçar o “sistema de autorização regulamentada”» e que, por seu turno, se destinaria funcionalmente a proteger a infância e a juventude, o lucro legitimado pela repartição social e a combater os efeitos nocivos às pessoas, na família e no trabalho, pelo incitamento à despesa e ao endividamento¹⁶⁶. É que tais efeitos verificam-se quer no sistema de proibição absoluta, quer no sistema de autorização regulamentada. Não pode, pois, o legislador escudar-se no sistema de autorização

¹⁶² V. ac. do TC n.º 99/02, rel. por Luís Nunes de Almeida, em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

¹⁶³ N.º 1 do art. 46.º TFUE.

¹⁶⁴ N.º 52 do ac. Zeturf, já referido.

¹⁶⁵ Para melhor compreensão, TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal*, Parte Geral, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2011, p. 53.

¹⁶⁶ CONDE FERNANDES, *op. cit.*, pp. 352-354.

regulamentada para criminalizar condutas, por referência a uma nocividade presente, com igual relevo, nos dois sistemas.

- e) Subsiste, em alguma doutrina¹⁶⁷ e jurisprudência¹⁶⁸, o entendimento de que o património dos jogadores é um bem jurídico tutelado pela previsão penal da exploração ilícita de jogo. Em rigor, não nos parece que a ideia de defesa do património dos jogadores tenha adesão no elemento literal. Mais, o elemento histórico e o teleológico parecem contradizer uma ideia de defesa do património do jogador.

Como vimos, nas *Ordenações*, exploradores e jogadores, além de serem punidos com penas corporais e de multa pela atividade de jogo de azar, perdiam o dinheiro que tivessem ganho ou fosse encontrado em jogo, bem como as vestes, para os apreensores e para o reino. Também, nos Códigos Penais¹⁶⁹, que se lhes seguiram, bem como no sistema de autorização regulamentada, além das penas de prisão e de multa, se determina a perda do dinheiro e dos utensílios destinados ao jogo.

Acresce que em caso algum a LJ dispõe sobre a restituição ao jogador do perdido ao jogo. Aqui, apenas podemos socorrer-nos do art. 1245.º do CC que refere que os contratos de jogo de azar não são válidos, nem geradores de obrigações civis, quando praticados fora dos locais autorizados, pelo que o pagamento prestado pelo devedor é repetível.

Todavia, o legislador parece ser incongruente ao retirar por um lado o que parece conceder por outro, senão vejamos. Nos termos em que a LJ do jogo dispõe, e o CC não rebate, se os jogadores ainda não tiverem perdido, mas o valor das apostas estiver em jogo, o dinheiro e os valores a ele destinados serão apreendidos e declarados perdidos a

¹⁶⁷ *Idem, ibidem.*

¹⁶⁸ Ac. do TRP, de 02-07-2008, rel. por Artur Oliveira, em www.dgsi.pt.

¹⁶⁹ Art. 61.º do CP de 1852, n.º 1 do art. 75.º do CP de 1886, e § único do art. 267.º de ambos.

favor do Fundo de Turismo¹⁷⁰. Nestes termos, sempre que em flagrante delito, de exploração ou prática ilícita de jogo de azar, o OPC apreenda dinheiro e valores não haverá lugar à repetição do pagamento do devedor, porquanto foram declarados perdidos pelo tribunal. O que o art. 1245.º do CC parece contemplar são as situações em que, não estando perante casos de flagrante delito, o jogador perdedor requer a repetição do que pagou.

Acresce referir que parece ser contraditório invocar a proteção do património dos jogadores pela criação de crimes de jogo, quando nos locais de jogo autorizado aquele é delapidado de igual modo.

- f) Alguma jurisprudência e doutrina, refugiando-se no art. 109.º da LJ, entendem que esta confere especial proteção à infância e juventude, porque agrava as penas dos casos de exploração ilícita de jogo quando no local sejam encontrados menores de 18 anos de idade. Entendem que o bem jurídico-penal consiste salvaguarda da formação e desenvolvimento dos jovens¹⁷¹.

De novo, consideramos que a jurisprudência e doutrina, que entendem reconhecer na proteção da norma um bem jurídico-penal em torno da proteção da infância e da juventude, confundem o âmbito de proteção da norma com o que dela resulta reflexamente protegido. Se no espírito do legislador estivesse a proteção do jovem, na sua formação e desenvolvimento, não sancionaria administrativamente a concessionária de jogo que não restrinja a entrada de menores de 18 anos às salas de jogo e com uma sanção penal o explorador de jogo não autorizado¹⁷². É que em ambos os casos a formação e desenvolvimento dos jovens estará, igualmente, em perigo. Mais, importaria, por essa ordem de razões, sancionar o progenitor ou quem sobre o jovem

¹⁷⁰ Art. 117.º LJ.

¹⁷¹ Assim, VASCO ANTÓNIO VILARES ROQUE, *op. cit.*, p. 798.

¹⁷² Art. 36.º, n.º 2, al. a) com sanção ditada pelo art. 125.º da LJ, com a agravante de não distinguir este caso de infração demais casos de entradas irregulares nas salas de jogo, e art. 109.º da LJ.

tivesse responsabilidade, ainda que momentânea, e o conduzisse a uma casa de jogo autorizada ou ilegal. Não só a Lei não sanciona estes casos, como distingue as casas de jogo autorizadas, vulgo casinos, das ilegais.

A razão de ser das normas é distinta. Num caso sanciona-se a violação administrativa em cujo substrato não se encontra dignidade penal – a não restrição da entrada de menores de 18 anos nas salas de jogo dos casinos –, o que resulta de uma opção de mera ordenação social, por uma consideração ético-social de não exposição dos menores ao jogo. Em sentido inverso, o que se sanciona nos locais de exploração ilícita de jogo não é a entrada irregular, que serão todas – adultos ou menores – mas o potencial de perigo para a ordem pública. Por outras palavras, sanciona-se a criação de um conjunto de circunstâncias potenciadores do surgimento de vários ilícitos penais, agravando-se as penas quando no local se encontrem menores de 18 anos, porquanto apresentam uma maior vulnerabilidade e probabilidade de serem vítimas dos crimes de ofensas à integridade física, roubo, furto, coação, fraude, usura ou homicídios. A não ser assim, e estando a imputabilidade penal fixada a partir dos 16 anos de idade, não se compreenderia a necessidade de proteção da formação e desenvolvimento de um jovem com esta idade que depois fosse punido por prática ilícita de jogo ou por presença em local de jogo ilícito¹⁷³. Seria, pois, um paradoxo em que o legislador puniria o objeto de proteção da norma – o menor de 18 anos imputável.

Do que fica dito, o bem jurídico-penal tutelado na exploração ilícita de jogo de fortuna ou azar consiste na ordem e tranquilidade pública¹⁷⁴. Trata-se

¹⁷³ Nos termos dos arts. 110.º e 111.º da LJ.

¹⁷⁴ Em outros ordenamentos jurídicos a disciplina do jogo de fortuna ou azar é remetida para o âmbito dos crimes contra a propriedade (v. MARIA RAMIS REBASSA, *op. cit.*, p. 50 e ss), o que nunca foi a opção do legislador português. Connosco, FABIENNE PÉRALDI LENEUF, «La Cour de Justice et la Libéralisation des Jeux en Ligne: L'exigence de Cohérence: A Propos de l'arrêt *Santa Casa*», in *RTDeur.*, Revue trimestrielle de droit européen, n.º 1-2010, 7-29, (p. 28).

de um crime erigido para proteção da ordem e tranquilidade pública e não para proteção de alguns interesses constitucionalmente protegidos, cuja ofensividade não resulta da exploração ilícita do jogo ou não lhe é exclusiva por se verificar, igualmente, no sistema de autorização regulamentada.

Para proteção do bem jurídico, e por entender que os cenários de exploração não autorizada de jogo propiciam o cometimento de vários crimes, o legislador antecipou a tutela penal.

5.3.Limites ao regime de exclusivo

Por a exploração ilícita de jogo consistir num crime de perigo abstrato não é indiferente a via de interpretação do tipo, se pela teoria do bem jurídico se pelo princípio da ofensividade.

A opção correta permitir-nos-á identificar que situações não preenchem o elemento objetivo do tipo da exploração ilícita de jogo, logo constituindo limites ao regime de exclusivo da exploração de jogo de fortuna ou azar.

5.3.1. O crime de perigo abstrato de exploração ilícita de jogo à luz da teoria do bem jurídico: legitimidade constitucional e relevância do princípio da ofensividade

Nas reformas penais foi tomando relevo a ideia de que o Direito Penal apenas pode punir condutas que atentem contra bens jurídicos previamente existentes¹⁷⁵, logo excluem-se as meras imoralidades e as normas axiologicamente neutras¹⁷⁶.

¹⁷⁵ WINFRIED HASSEMER, «¿Puede Haber Delitos que no Afecten a un Bien Jurídico Penal?», in ROLAND HEFENDEHL (ed.), *La Teoria del Bien Jurídico ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, 95-104 (pp.103-104).

¹⁷⁶ Assim, CLAUS ROXIN, *op. cit.*, pp. 52 e 53.

De igual modo, também tomou relevo, na problemática penal, a figura do cuidado de perigo, com claras manifestações ao nível da política criminal, do discurso legitimador da determinação punitiva e no plano da dogmática penal¹⁷⁷.

Como já vimos, no crime de exploração ilícita de jogo apenas se visa proteger a ordem e a tranquilidade pública. Mas será que daqui podemos inferir que este bem jurídico-penal é colocado em perigo¹⁷⁸ pela conduta exploradora não autorizada do jogo de fortuna ou azar?

Em bom rigor, estamos perante um ilícito penal em que o tipo não requer a colocação daquele bem jurídico em perigo; todavia, porque o legislador considera existir um potencial de pôr o bem jurídico em perigo, este constitui a motivação para a incriminação da conduta. O crime de exploração ilícita de jogo de fortuna ou azar é, assim, um crime de perigo abstrato.

O legislador terá, no crime de exploração ilícita de jogo, concluído pela potencialidade de uma perigosidade para o bem jurídico ordem e tranquilidade pública e, afastando-se da formulação típica dos crimes de perigo concreto, não requer a sua comprovação no caso concreto. Por outras palavras, o legislador conclui que certos comportamentos criam as condições adequadas para o cometimento de condutas ofensivas de outros bens jurídicos. Assim, e por referência a um cuidado de perigo, criminalizou tais comportamentos, antecipando a tutela de um determinado bem jurídico.

Conduzindo ao crime em análise, o legislador concluiu que as situações de exploração ilícita de jogo não colocam em perigo, de *per si*, nenhum bem jurídico. Contudo, propiciam as condições adequadas para o cometimento de, entre outros, crimes de coação à prática de jogo, jogo fraudulento, usura para o jogo, ameaças, furtos, roubos, ofensas à integridade

¹⁷⁷ FARIA DA COSTA, *op. cit.*, p. 568.

¹⁷⁸ Acolhemos a conceção objetiva de perigo de WOLDEMOR VON ROHLAND, no sentido de ser uma possibilidade (ou probabilidade) objetiva de um evento danoso (*Die Gefah Im Strafrecht*, Dorpat, 1886, p. 1, *apud*, RUI PEREIRA, *op. cit.*, pp. 20-21).

física e homicídios, colocando em causa o bem jurídico ordem e tranquilidade pública.

A conduta do agente deve, assim, ser punida independentemente de se ter criado perigo para a ordem e tranquilidade pública, pelo que deverá ser punido o explorador não autorizado de jogo de azar, quer seja cometido, ou não, algum daqueles crimes.

Todavia, no crime de perigo abstrato, diferente de o bem jurídico ter sido, em *concreto*, colocado em perigo, bem como, diríamos mesmo, de se provar que o bem jurídico não poderia concretamente ter sido colocado em perigo, estarão em causa situações em que, de forma *absoluta*, o bem jurídico nunca poderia ter sido colocado em perigo¹⁷⁹, por não existir o cuidado de perigo para o bem jurídico¹⁸⁰.

O juízo de perigo resulta de uma gradação da probabilidade de ocorrência do resultado desvalioso¹⁸¹, e porque o legislador procura evitar que pela exploração ilícita de jogo se criem as condições adequadas para a violação da ordem e tranquilidade pública antecipa a tutela daquele bem jurídico criando um crime de perigo abstrato.

Então, e se dissermos que a probabilidade de ocorrência do resultado desvalioso é nula, por inexistir o potencial de pôr-em-perigo os bens jurídicos que se visam proteger? Neste caso, entende FARIA DA COSTA, se a probabilidade for igual a zero, que não temos perigo¹⁸².

Nestes termos, sentir-nos-íamos tentados a afirmar que inexistindo o desvalor do cuidado de perigo, também não temos perigo, logo não teremos suporte que constitui a motivação da incriminação. Todavia, e apesar de tal ser verdade, o legislador, por razões de política criminal, criou o crime de perigo abstrato de exploração ilícita de jogo, entendendo que existe uma

¹⁷⁹ *Idem*, p. 293.

¹⁸⁰ Connosco, SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed., Barcelona: Reppertor S. L., 1998, p. 234.

¹⁸¹ FARIA DA COSTA, *op. cit.*, p. 599.

¹⁸² *Idem*, p. 600.

probabilidade de cometimento de vários crimes – o cuidado de perigo a bens jurídico-penais.

Entendemos, contudo, que tais considerações de política criminal não são suficientes para recusar a prova negativa do perigo, porque poderemos estar perante uma situação em que o perigo para o bem jurídico nunca ocorreria, por a situação primeva não ter o cuidado de perigo, ao que acrescem duas ordens de razões.

Por um lado, se recusarmos ao arguido a prova negativa do perigo estaremos a limitar, ou até mesmo negar, o direito de defesa e a violar o princípio da culpa¹⁸³. Tal tem, ainda, como consequência o aumento do campo de punibilidade do tipo, o que só está ao alcance do legislador¹⁸⁴, com a agravante de existir uma relação tensional mitigada entre a exploração ilícita de jogo e o bem jurídico a proteger.

Por outro, não nos parece ser de aceitar que os tipos penais estejam subtraídos ao juízo de prova no duplo sentido de que determinado facto ocorreu ou de que não ocorreu. Para que se prove o cometimento de determinado tipo de crime, tem, necessariamente, de se provar que estão preenchidos os elementos objetivo e subjetivo constitutivos do tipo de ilícito penal. Não só se admitem, em Direito adjetivo, meios de prova que provem que determinado facto ocorreu, como se admitem aqueles que provem que determinado facto não ocorreu. E nem se diga que aqueles têm maior valor probatório do que estes, porquanto são valorados de acordo com o princípio da livre apreciação da prova pelo tribunal¹⁸⁵.

¹⁸³ O princípio da culpa, enquanto corolário do princípio da legalidade, é um meio de limitação da pena (*nulla poena sine culpa*), no sentido de que a pena não pode em nenhum caso ser superior à medida da culpa (n.º 2 do art. 40.º do CP), sob pena de atentar contra a dignidade da pessoa humana (vertida no art. 25.º, n.º da CRP). Segundo este princípio de feição liberal, e independente das teorias retributivas, a graduação da culpa determina-se em função de fatores internos na pessoa do agente e pela dimensão dos danos causados (CLAUS ROXIN, *op. cit.*, pp. 99-100, ainda GARCIA-PABLOS, *Derecho Penal*, Madrid: Universidad Complutense, 1995, pp. 283-289). Se inexistir o potencial de perigo, e porque o princípio da culpa impõe que a culpa se gradue de acordo com a dimensão do dano - no caso concreto de acordo com a dimensão do cuidado de perigo – teremos de admitir a prova negativa do perigo. Na inversa estaremos a impor uma pena superior à medida da culpa, em razão da inexistência de culpa.

¹⁸⁴ FARIA DA COSTA, *op. cit.*, p. 573.

¹⁸⁵ Art. 127.º do CPP.

Se admitimos a prova que determinado bem jurídico não foi concretamente posto em perigo, porque no caso concreto a conduta do agente nunca lesionaria o bem jurídico, então teremos, também, de aceitar que, no caso dos crimes de perigo abstrato, o legislador não pretendeu subtrair ao juízo de prova a prova negativa do perigo.

De acordo com a teoria do bem jurídico¹⁸⁶, à luz dos parâmetros constitucionais, o legislador apenas poderá erguer tipos penais que atentem contra bens jurídicos com relevância penal. E, se nos crimes de perigo concreto ainda temos uma forte tensão relacional entre a conduta do agente e o bem jurídico posto em perigo, nos crimes de perigo abstrato essa tensão está diluída, pois não se requer que o bem jurídico seja colocado em perigo.

A questão que se coloca é, de saber se tendo em conta a secular existência do crime de exploração ilícita de jogo, não estaremos perante um ilícito penal que perdeu o fundamento penal legitimador face aos atuais parâmetros constitucionais? De acordo com o princípio da ofensividade¹⁸⁷, e antecipando a resposta, entendemos que não.

O princípio da ofensividade consiste na exigência de uma ofensa a um bem jurídico-penal – *nullum crimen sine iniuria* – e contrapõe-se à existência de crimes por mera violação de deveres¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Aderimos à conceção ético-social do bem jurídico-penal, materializada pela Constituição Democrática (n.º 2 do art. 18.º da CRP, que consagra os pressupostos de dignidade penal e de necessidade penal), de TAIPA DE CARVALHO (*op. cit.*, pp. 47-54), no sentido de que «só deverão ser assumidos e qualificados como bens jurídico-penais os **valores considerados, pelo ethos social comunitário, como essenciais ou indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade**». A realização pessoal implica a proteção dos direitos intrinsecamente inerentes à pessoa humana individual, mas igualmente a garantia das condições sociais necessárias àquela realização. Refere, ainda, o autor que é deste modo que se alcança a dimensão axiológica fundamental do bem jurídico-penal que se designa por **dignidade penal** do bem jurídico. Mas, para a qualificação como bem jurídico-penal é necessário que o recurso às penas criminais seja considerado indispensável, porque outras sanções seriam ineficazes ou insuficientes à proteção daqueles bens jurídicos, e adequado à proteção dos bens jurídicos fundamentais. Esta dimensão pragmática é designada de **necessidade penal** (*Idem*, pp. 48 e 49).

¹⁸⁷ Alguns autores entendem que, por si só, o bem jurídico não pode conformar uma teoria adequada de criminalização de condutas, evidenciando outros critérios, v.g., o princípio da ofensividade, como legitimação do direito penal (HANDREW VON HIRSCH, «El concepto del bien jurídico y el “principio del daño”, in ROLAND HEFENDEHL (ed.), *op. cit.*, 37-52 (p. 52)).

¹⁸⁸ Para melhor compreensão v. FERRANDO MANTOVANNI, para quem o bem jurídico consiste no suporte do princípio da ofensividade e a ofensa àquele a sua concretização (*Diritto Penale, Parte*

Do que dissemos, pela exploração ilícita de jogo, o explorador não produz um concreto dano para um bem jurídico. Com a conduta exploradora apenas se produz um potencial de perigo para um determinado bem jurídico – como vimos a ordem e a tranquilidade pública. Nestes termos, segundo a teoria do bem jurídico, ao legislador não caberia outra opção senão esperar que se produzisse um dano na ordem pública e, conseqüentemente, alguns dos crimes que a perigam.

O legislador considerou, todavia, que existem algumas condutas que estão já muito próximas de uma efetiva lesão ao bem jurídico e cuja probabilidade de ocorrência é elevada. E, considerando que não será de exigir que o dano se concretize, por impossibilidade de conter as consequências lesivas da conduta, antecipou a tutela penal. É assim na exploração ilícita de jogo.

Tal é possível, porque o princípio da ofensividade não exige um concreto dano num bem jurídico, bastando-se com o potencial dano pelo cuidado de perigo para o bem jurídico¹⁸⁹ – resultando na criminalização da conduta. Mas não devemos quedar-nos por esta exigência mínima, porquanto, para que se preencha o tipo da exploração ilícita, é necessário que segundo um juízo *ex ante* se conclua da probabilidade de produção de um dano pelo potencial de perigo para a ordem pública resultante da conduta exploradora – tarefa que caberá ao tribunal¹⁹⁰.

Generale, 3.^a ed., Padova: CEDAM, 1999, p. 221). Aderimos à visão de FÁBIO ROBERTO D'ÁVILA para quem o princípio da ofensividade consiste num princípio de carácter garantista e que representa a expressão político-ideológica de um Estado pluralista, laico e inspirado em valores de tolerância; onde apenas cabe lugar um Direito Penal de efetiva tutela de bens jurídicos e no qual não há espaço para a prossecução de objetivos éticos, para a punição de inclinações antissociais ou de mera infração ao dever (*Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, Coimbra Editora, 2005, p. 48). A ofensividade é uma exigência constitucional, que decorre do n.º 2 do art. 18.º da CRP, e que se impõe a todas as categorias de crime (p. 108).

¹⁸⁹ Acórdãos do STJ, de 05-09-2007, rel. por Pires da Graça, de 25-06-2008, de 13-07-2009, e de 07-07-2010, relatados por Souto de Moura, em www.dgsi.pt; bem como os acórdãos do TC, n.ºs 323/2008, de 18-06-2008, e 95/2011, de 16-02-2011, relatados por Ana Guerra Martins, em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

¹⁹⁰ Concordante, FÁBIO ROBERTO D'ÁVILA para quem o princípio da ofensividade opera em dois níveis diversos. *De jure condendo* orienta e limita o trabalho do legislador no âmbito penal, *de jure condito* exige uma interpretação da norma de acordo com a exigência da ofensividade (*op. cit.*, p. 49).

Não se afigura conforme aos imperativos constitucionais a afirmação de que no crime de perigo abstrato de exploração ilícita de jogo temos uma presunção inilidível de perigo¹⁹¹, pois não devem confundir-se os casos em que o perigo, não sendo elemento do tipo, se encontra implícito na conduta, daqueles em que o perigo não se encontra implícito na conduta¹⁹².

É dizer, nos crimes de perigo abstrato o perigo encontra-se implícito na conduta¹⁹³. Assim, quando o tribunal procura enquadrar a conduta no tipo tem de valorá-la e ao fazê-lo estará a valorar o perigo. Se considerar que de uma conduta exploradora de jogo não resulta em absoluto um cuidado de perigo para a ordem pública, o juiz terá de concluir que não preenche o tipo da exploração ilícita de jogo, logo não haverá crime em sentido material. Embora o legislador presuma o perigo, não se trata de uma presunção inilidível de perigo¹⁹⁴.

Os crimes de perigo abstrato encontram-se no limiar do raio de ação da Lei Penal, onde a tutela do bem jurídico-penal é mais antecipada, sendo por esta mesmíssima razão que não nos parece que o legislador tenha criado uma presunção inilidível de perigo no crime de exploração ilícita de jogo.

Não faz sentido que nos casos de tutela próxima do bem jurídico, onde existe uma proximidade da ação ofensiva ao bem jurídico, pela sua colocação

¹⁹¹ A não ser assim veríamos sacrificado o corolário *nulla poena sine iudicio*, porquanto a independência das magistraturas face a outros poderes do Estado é pressuposto necessário para que o processo judicial corresponda à função de garantia do Direito Penal. (CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português, Parte Geral I*, Lisboa: Editorial Verbo, 1981, p.95). Segundo KARL BINDING, a presunção de perigo não é o mesmo que perigo e nem poderia sê-lo (*Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Deliktes*, vol. 1, *Nordem und Strafgesetze*, 3.^a ed., Leipzig: Felix Meiner, 1916, p. 386, *apud* Fábio Roberto D'Ávila, *op. cit.*, p. 110).

¹⁹² Existe na doutrina uma tendência para identificar, nos crimes de perigo abstrato, um perigo de *juris et de jure* e, por conseguinte, subtraído ao juízo do tribunal. Consideramos que tal visão não é a mais correta. Diríamos mesmo que levanta problemas de compatibilidade constitucional, porque uma perceção dos crimes de perigo estabelecida nos termos de uma presunção inilidível de perigo impossibilitaria uma qualquer noção de perigo como ofensa ao bem jurídico-penal. Tal levaria a que os crimes de perigo abstrato fossem, na realidade, crimes de mera desobediência. Assim, FÁBIO ROBERTO D'ÁVILA, *op. cit.*, p. 103. Em sentido diverso, e entendendo tratar-se de uma presunção *iuris et de iure*, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 287-288.

¹⁹³ Concordante, MANTOVANNI (*op. cit.*, p. 225).

¹⁹⁴ Connosco, HORST SCHRÖDER, «Abstrakt-konkrete Gefährungsdelikte?», *JZ*, 1967, p. 525, *apud* Fábio Roberto D'Ávila, *op. cit.*, p. 105 (nota n.º 53).

em perigo, se admita a prova da sua não colocação em perigo, para depois não se admitir, nos casos de tutela mais antecipada – afastada – do bem jurídico, a prova de que o bem jurídico nunca poderia ser ofendido¹⁹⁵.

Se pensarmos no crime de exploração ilícita de jogo ocorrem-nos dois grupos de casos em não há cuidado de perigo para o bem jurídico: (i) quando o elemento do tipo não se encontrar preenchido, por faltarem os elementos normativos do tipo da exploração ilícita de jogo de fortuna ou azar, e (ii) quando a exploração do jogo ocorre num contexto de inocuidade ético-social.

Remetendo o primeiro grupo de casos para ulteriores considerações, atendamo-nos, por ora, nas situações em que do contexto de exploração não resulta uma relevante ressonância ético-social.

Se se entender que os crimes de perigo abstrato são crimes de perigo presumido, no sentido de uma presunção inilidível do perigo, tal implica aceitar que existe uma repartição de tarefas entre o legislador e o juiz quanto ao juízo de perigo. Assim, porque ao legislador caberia a determinação dos indícios de perigosidade, ao juiz estaria subtraído o juízo de perigosidade da conduta pela aparência do preenchimento do tipo da exploração ilícita de jogo – preenchimento formal¹⁹⁶ do tipo de crime.

Na verdade, além de exigirem que se identifique de forma clara o bem jurídico tutelado e que este seja de grande importância, os crimes de perigo abstrato requerem que a conduta típica seja descrita, tanto quanto possível, de forma precisa e minuciosa¹⁹⁷. O crime de exploração ilícita de jogo é um claro exemplo da necessidade de identificar de forma clara o bem jurídico protegido – a ordem e a tranquilidade pública e não os interesses constitucionalmente protegidos reflexamente – e de que, provavelmente, não seria possível descrever a conduta típica com maior minúcia.

¹⁹⁵ É que «a ressonância que o desvalor do resultado de dano/violação adquire dentro da comunidade jurídica tem uma força e uma precisão que não se pode comparar ao desvalor do resultado de perigo» (FARIA DA COSTA, *op. cit.*, p. 578).

¹⁹⁶ Para compreensão entre o conceito formal de crime e o conceito material de crime v. CLAUS ROXIN, *op. cit.*, p. 51 ss.

¹⁹⁷ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 293.

O crime de exploração ilícita de jogo está, a nosso ver, redigido de forma, o quão possível, minuciosa. É dizer, permite perceber que a conduta típica se circunscreve a uma ação de exploração que tem por substrato um jogo de fortuna ou azar, fora dos locais autorizados. Nos termos em que descrevemos a «exploração» e o «jogo de fortuna ou azar» não restam dúvidas de quais são os elementos objetivos normativos do tipo.

No entanto, no crime de exploração ilícita, o perigo não é elemento (explícito) do tipo, mas apenas motivação para a sua construção, pelo que a descrição minuciosa não se lhe refere. Será exigir demasiado da norma, e de menos ao tribunal, se confiarmos, unicamente ao legislador, pela descrição dos indícios de perigosidade, a subsunção da conduta exploradora ao tipo do art. 108.º/1 da LJ. Estaremos a violar a separação de poderes, não porque o legislador aplique a Lei, mas porque o juiz vê coartada a sua função de interpretação da Lei e valoração do perigo¹⁹⁸, melhor dito do potencial de pôr-em-perigo, de uma conduta que indiciariamente se subsume ao tipo do crime de exploração ilícita de jogo.

Porque para o preenchimento do tipo da exploração ilícita de jogo não se exige que o perigo se manifeste na conduta, mas tão só que haja um desvalor de cuidado de perigo, o juiz não terá de comprovar – positivamente – a séria possibilidade de lesão do bem jurídico. Mas se lhe coartarmos o juízo que ele tem de realizar, impossibilitando-o de comprovar – negativamente – a absoluta impossibilidade de lesão, estaremos a violar o princípio da separação de poderes pela opressão do poder judicial.

O raciocínio não deverá ser redutor no sentido de só se comprovar, quanto ao perigo, o que pode ser comprovado positivamente. É que pela ausência de comprovação positiva do perigo, o único juízo admissível é um juízo negativo do perigo¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Por não ser um conceito naturalístico, mas um conceito normativo-descriptivo, o perigo não está subtraído à interpretação e valoração do tribunal (concordante, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1992, p. 28).

¹⁹⁹ Connosco, SILVA DIAS, *op. cit.*, p. 524. Também o TC, no ac. n.º 426/91, já referido, e a propósito do princípio da necessidade penal, vertido no art. 18.º, n.º 2, da CRP, admite a prova

Os tribunais superiores têm sido chamados a pronunciar-se sobre, aparentes, casos de exploração ilícita de jogo de fortuna ou azar. Trata-se da exploração ilícita de máquinas que desenvolvem modalidades (afins) de jogo de fortuna ou azar. São situações em que determinado jogo, cujo tema não é próprio dos jogos de fortuna ou azar, é desenvolvido em máquina automática na qual o jogador introduz uma moeda e, rodando um manípulo, faz sair de forma aleatória uma cápsula contendo uma senha que dá direito a um prémio pecuniário, no caso de o número nela inscrito coincidir com algum dos números constantes de um cartaz exposto ao público²⁰⁰. No acórdão de 04-03-2010, o STJ decidiu que o caso *sub judice* constitui a exploração ilícita de uma modalidade afim e não de um jogo de fortuna ou azar²⁰¹.

O STJ, para concluir não estar perante um caso de exploração ilícita de jogo de fortuna ou azar, tomou em consideração os seguintes critérios: (i) que o jogo desenvolvido naquela máquina não é objeto de exploração nos casinos autorizados, por não ter previsão nas alíneas do n.º 1 do art. 4.º da LJ, nem, diretamente, na Portaria n.º 217/2007, de 26 de fevereiro, que define as regras de execução dos jogos de fortuna ou azar; (ii) que a máquina não desenvolvia um tema próprio dos jogos de fortuna ou azar, embora dependesse da sorte, e (iii) não pagava diretamente prémios em fichas ou moedas.

negativa do perigo quando a recusa para o caso concreto do tráfico de produto estupefaciente (ponto 18).

²⁰⁰ Os casos de exploração deste tipo de máquina de jogo levaram os tribunais portugueses a pronunciarem-se centenas de vezes sobre se estaríamos perante a exploração de jogos de fortuna ou azar ou apenas de modalidades afins. Perante, pasme-se, a colossal disparidade de soluções, cujos arestos ora se decidiam pela existência de um jogo de fortuna ou azar, ora por uma modalidade afim, o STJ fixou jurisprudência através do ac. de 04-02-20140, no sentido de se tratar de um caso que constitui uma modalidade afim e não um jogo de fortuna ou azar. No sentido de constituir uma exploração de jogo de fortuna ou azar v., entre muitos: acórdãos do TRL, de 21-04-1998, rel. por Isabel Martins; do TRP, de 29-09-1999, rel. por Milheiro de Oliveira, de 21-02-2001, rel. por Francisco Marcolino, de 14-08-2001, rel. por Esteves Marques; do TRE, de 04-03-2008, rel. por Guilhermina de Freitas, em www.dgsi.pt. No sentido de constituir modalidade afim do jogo de fortuna ou azar v., entre muitos, acórdãos do STJ, de 28-11-2007, já referido, de 27-02-2008, rel. por Henriques Gaspar; do TRC, de 09-04-2008, já referido; do TRE, de 03-06-2008, já referido.

²⁰¹ De inexplicável contradição são os arestos dos tribunais, inclusive superiores, que, apesar da fixação de jurisprudência, ainda condenam os arguidos no crime de exploração ilícita de jogo de fortuna ou azar, de que é exemplo o ac. do TRE, de 28-02-2012, rel. por Ana Barata Brito, em www.dgsi.pt.

Em suma, concordamos com o aresto, no sentido de não estarmos perante uma exploração ilícita de jogo de fortuna ou azar, mas não pelos critérios enunciados. Enquanto o STJ exclui a tipicidade dos factos por referência ao elemento normativo objetivo do tipo jogo de fortuna ou azar, o que a nosso ver não é corretamente conseguido, entendemos que se exclui o tipo por absoluta impossibilidade de potencial de perigo para o bem jurídico ordem pública. Por outras palavras, não releva se o art. 4.º da LJ enuncia taxativamente determinado tipo de jogo, pois como já vimos tal preceito serve tão só para dali retirar, em conjugação com o art. 1.º, a fisiologia do jogo de fortuna ou azar. De igual modo, não importa se a máquina expõe ela própria os prémios, pois da redação da alínea f) do n.º 1 do art. 4.º deve retirar-se que o pagamento direto de prémios é o pagamento efetuado e devido pelo resultado do jogo, quer seja pela máquina, quer seja pelo caixa do casino. O que releva, pela aparência de subsunção dos factos à norma, é de saber se no caso concreto temos uma relevante ressonância ético-social²⁰² pela exploração daquele tipo de jogo que potencie um perigo para a ordem pública pela probabilidade de cometimento de vários crimes – situação em que teremos um crime de exploração ilícita de jogo de fortuna ou azar; ou se estaremos perante um situação de inocuidade ético-social pela inexistência de potencial de perigo – caso em que não se preenche o tipo.

No caso em apreço não existe uma relevante ressonância ético-social na exploração ilícita de um jogo, com a fisiologia de um jogo de fortuna ou azar, em que o jogador, introduzindo uma moeda numa máquina rudimentar, dispõe de reduzida quantia para jogar (jogo de dinheiro) com a expectativa de um reduzido prémio pecuniário (jogo a dinheiro), em que o impulso para o jogo é, igualmente, reduzido por ter de ser renovado em cada operação²⁰³.

²⁰² O próprio aresto refere este argumento, embora de forma acessória, o que a nosso ver constitui a essência da questão.

²⁰³ Inexiste, neste caso, o que se verifica nas vulgarmente designadas *slot machines* que se caracterizam: (i) pelo *near miss* (falhar por pouco), (ii) prémio avultados e (iii) a manutenção no jogo pela concessão de créditos, permitindo ciclos de jogo dinâmicos num encadeamento mecânico e compulsivo. Aqui o impulso para o jogo não tem de ser renovado em cada operação, e o jogador não corre o risco de se envolver emocionalmente (concordante o acórdão STJ de 04-02-2010).

Se atendermos à descrição do tipo, afigura-se-nos existir uma formal subsunção dos factos à norma. Contudo, existe algo que não integra o tipo, mas é considerado para a sua criação – o perigo. Perante o caso concreto, o juiz, valorando o perigo – o potencial de pôr-em-perigo a ordem pública – concluirá que a conduta do explorador não tem ressonância ético-social²⁰⁴, pois é em absoluto impossível que se atente contra a ordem e tranquilidade pública.

Impõe-se a admissão da prova negativa do perigo²⁰⁵, do que resultará o não preenchimento material do tipo penal da exploração ilícita de jogo, e sem tipo não há crime.

5.3.2. O preenchimento dos elementos objetivos do tipo: (a)moralidade do Direito Penal do jogo

A consumação do crime de exploração ilícita de jogo depende da verificação cumulativa dos seguintes elementos objetivos do tipo: (i) que haja exploração²⁰⁶, (ii) de jogo de fortuna ou azar e (iii) fora dos locais legalmente autorizados.

Perceber estes elementos objetivos implica perceber que o legislador se orientou politico-criminalmente sobre o que deve ou não deve ser punido e, ancorado pelo princípio da mínima intervenção penal, moldou um tipo de ilícito com o fim de proteção do bem jurídico ordem pública.

O fenómeno do jogo de azar, por ser contrário aos bons costumes e afastar o homem da vida normal de trabalho, foi sempre cunhado por

²⁰⁴ No sentido de o princípio da culpa vedar a incriminação de condutas destituídas de qualquer ressonância ético-social v. ac. do TC n.º 426/91, de 6-11-1991, rel. por Sousa e Brito, em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

²⁰⁵ Só teremos perigo quando «l'evento lesivo, secondo un giudizio ex ante sulla base delle circostanze al momento verosimilmente esistenti, era prevedibile come verosimile secondo la miglior scienza ed esperienza. Il pericolo è, pertanto, la probabilità del verificarsi dell'evento di danno» (MANTOVANNI, *op. cit.*, p. 223).

²⁰⁶ O legislador equipara, para efeitos de punição, ao explorador os casos de encarregado da direção do jogo, os administradores, diretores, gerentes, empregados e agentes da entidade exploradora (n.º 2 do art. 108.º da LJ).

considerações morais. A comprová-lo temos o Direito das *Ordenações* que perseguiram exploradores e jogadores punindo-os severamente. Se, à época, tais considerações morais não eram erradas, hoje, por referência ao bem jurídico, já não se pode aceitar punir como «vadio» alguém que pratique jogo de azar²⁰⁷, pois seria punir uma mera imoralidade²⁰⁸, que, em conformidade com os imperativos constitucionais, não cabem no âmbito de proteção penal da LJ.

Dito assim, e apesar de terem um passado comum, não parece ser de confundir Direito e Moral. Todavia, todo o Direito tem um mínimo de moral, levando a que sempre se encontrem elementos de carácter moral nos sistemas normativos²⁰⁹, sendo este aspeto a ter em atenção na regulamentação do jogo de fortuna ou azar.

Com a regulamentação da exploração do jogo de fortuna ou azar, o legislador procurou circunscrever geográfica e socialmente o fenómeno do jogo, mas não deixou de considerar moralmente condenável a sua exploração e consequente prática²¹⁰. Por questões de pragmatismo, optou-se por um sistema de autorização regulamentada, já que se mostrava impossível reprimir o recrudescimento do jogo de azar.

Se concordamos que no Direito poderá existir um mínimo de moral, recusamos, no entanto, que o Direito Penal se determine pela moral²¹¹. Ao Direito Penal importa apenas a proteção dos valores constitucionalmente protegidos e considerados como essenciais para o desenvolvimento de cada um dos membros da sociedade. Apesar das várias considerações morais ao fenómeno do jogo, desde logo patentes nos termos «sorte», «fortuna» e «azar» empregues pelo legislador, entendemos que a LJ ainda conserva, no

²⁰⁷ Arts. 256.º e 264.º do CP, de 16 de setembro de 1886.

²⁰⁸ CLAUS ROXIN, *op. cit.*, p. 52.

²⁰⁹ MONTERO OLMEDO, *Derecho e Moral: Estudio Introductório*, México: Facultad de Derecho Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 57.

²¹⁰ *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 46, de 4 de Abril de 1979, p. 1641 e ss, em www.parlamento.pt.

²¹¹ Nem mesmo no caso das «regras morais dominantes» como entende MANUEL FONTAINE CAMPOS, *O Direito e a Moral no Pensamento de Friedrich Hayek*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2000, p. 119.

ilícito típico da «Exploração ilícita de jogo», o baluarte constitucional por referência à proteção do bem jurídico-penal ordem pública.

Mas não apenas na legiferação devemos manter a ideia de defesa de um bem jurídico penalmente relevante. Também ao juiz cabe interpretar a norma jurídica afastando-se de concepções moralizantes sobre o jogo de fortuna ou azar. É dizer, com referência a uma visão moralizante sobre o fenómeno do jogo de azar, facilmente nos conduzimos à estabilidade familiar, à defesa do património do jogador, ao desenvolvimento da personalidade do jovem e da criança, ou até mesmo ao interesses fiscais do Estado e à promoção de questões sociais, e que como já vimos, não se nos afigura terem relevância penal no sistema de autorização regulamentada do jogo fortuna ou azar. Aliás, entendemos que pela adoção deste sistema se subtraiu àqueles bens jurídicos constitucionalmente protegidos a sua relevância penal no âmbito do jogo.

Para auxiliar a tarefa do julgador, a técnica legislativa recorre ao tipo legal de crime – *Tatbestände* – onde descreve as condutas humanas que violam os bens ou interesses jurídico-criminais. Assim, impõe ao juiz, como quadros valorativos, os tipos legais de crimes, cujos acontecimentos deve subsumir, a fim de verificar se têm dignidade jurídico-criminal²¹².

Uma interpretação do tipo penal da exploração ilícita teleologicamente fundada na letra da Lei é essencial para respeitar os corolários do princípio da legalidade – *nullum crimen sine lege certa* e *nullum crimen sine lege stricta* – bem como a sua função de garantia constitucional. Tal desiderato assume especial importância sobretudo nos crimes cujo bem jurídico é relativamente indeterminado na sua definição²¹³, como é o caso dos crimes contra a ordem e tranquilidade pública. O facto criminoso não pode ser inferido da Lei. Tem de ser determinado pela Lei e não pelo arbítrio do julgador. Não está ao alcance

²¹² EDUARDO CORREIA, *op. cit.*, pp. 275-276.

²¹³ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, ..., p. 140.

deste determinar o conteúdo do crime, como o preconizava a teoria de ROSSI²¹⁴, porquanto uma lei incerta é inconstitucional.

O juiz deve afastar quaisquer considerações que remetam o jogo de fortuna ou azar para uma categoria de produto ilícito em si mesmo. A valoração do jogo de azar num quadro moralmente depreciativo, cunhado por uma visão estigmatizante do jogo a dinheiro²¹⁵, em que os próprios elementos normativos do tipo parecem indetermináveis quanto ao conteúdo, remete o jogo de azar para uma noção de jogo ilícito, atualmente inoperante em termos penais. São várias as decisões que espelham a enorme dificuldade de valoração dos elementos objetivos da norma do art. 108.º, n.º 1, da LJ, as mais das vezes por dificuldade de compreensão do conteúdo do conceito normativo «jogo de fortuna ou azar».

Tomemos como exemplo um aresto do TRP²¹⁶ em que num estabelecimento de restauração era explorada uma máquina eletrónica que desenvolvia um jogo semelhante ao «*Poker*» e outro semelhante ao «*Black jack*», cuja utilização era gratuita, dependendo apenas do consumo dos produtos próprios do estabelecimento, e não atribuía prémio para além do mero prolongamento do jogo. No caso *sub judice* os exploradores do estabelecimento foram condenados, em coautoria material, pela prática de um crime de exploração ilícita de dois jogos de fortuna ou azar previsto e punido nos termos do disposto nos arts. 1.º, 3.º e 4.º, n.º 1 al. g) e 108.º, n.º 1, todos da LJ. Em recurso, os arguidos invocaram que a atividade desenvolvida não preenchia o conceito de exploração ilícita de jogo, porquanto não obtinham lucro diretamente da utilização da máquina pelo público.

²¹⁴ R. GAROFALO, *Criminologia, Estudo sobre o Delicto e a Repressão Penal*, trad. Júlio de Matos, 3.ª ed., Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1916, p. 78.

²¹⁵ Em muito determinada pelos casos de adição ao jogo, v.g. o ac. do STJ, de 23-04-1954, rel. por Beça de Aragão em INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *O Vício do Jogo como Fundamento de Divórcio*, Lisboa: Jornal do Fôro, 1959.

²¹⁶ Datado de 25-09-2002, rel. por Clemente Lima, ou outro caso semelhante, ainda mais recente, no ac. do TRL, de 29-06-2006, já referido, em www.dgsi.pt.

No presente caso concordamos com o Ministério Público no sentido de o conceito de exploração ínsito no art. 108.º, n.º 1, da LJ se encontrar preenchido pela conduta dos arguidos, pois não se requer que haja lucro da atividade exploradora, bem como esta pode ser exercida «por qualquer forma». De igual modo consideramos estarmos perante um máquina eletrónica que desenvolve jogos e cujos temas são próprios de jogos de fortuna ou azar.

Releva, no entanto, uma questão essencial e determinante na fisiologia do jogo de fortuna ou azar e que não ocorre nos processos de jogo desenvolvidos pela máquina. É que, neste caso, não temos nem aposta, nem prémio. Ora, como tivemos oportunidade de referir, o jogo de fortuna ou azar compreende uma fisiologia, onde se são próprios a livre vontade, o jogo e a aposta, a aleatoriedade e o prémio, que se retiram dos conceitos-tipo vertidos no art. 4.º, n.º 1, em conjugação com o art. 1.º da LJ, e sem os quais não temos jogo de fortuna ou azar. A nosso ver, não estaremos, segundo o exposto, perante um jogo de fortuna ou azar, por lhe faltarem dois dos elementos essenciais da fisiologia desta categoria de jogo.

A confusão do tribunal decorre de considerar que todo o jogo desenvolvido em máquina, cujo tema seja próprio de jogo de fortuna ou azar²¹⁷, é um jogo de fortuna ou azar. Para o efeito terá contribuído uma errada interpretação do conceito de jogo de fortuna ou azar, sobretudo quando em causa esteja um jogo desenvolvido numa máquina. As máquinas de jogo,

²¹⁷ A redação da al. b) do n.º 1, do Capítulo Único, do Título III, do Anexo da Portaria n.º 217/2007, de 26 de fevereiro, não tem uma redação feliz quando prescinde da atribuição de prémios nos jogos de fortuna ou azar desenvolvidos em máquinas. Como já vimos, de acordo com a fisiologia de jogo tem sempre de haver um prémio exterior à mera vitória, caso contrário não teremos preenchido o elemento objetivo do tipo. De maior gravidade cabe referir que o preceito da Portaria é contrário à LJ, alargando o espectro de punibilidade pela criação de nova incriminação. Ora, tratando-se de matéria que pertence à reserva relativa da AR, a definição dos crimes, nos termos da al. c), do n.º 1, do art. 165.º da CRP, pode ser objeto de autorização legislativa ao Governo, mas nunca objeto de aprovação pela tutela ministerial, caso em que estaríamos perante um norma penal em branco com as necessárias implicações em matéria de conformidade constitucional relativas à distribuição de competências legislativas em matéria penal (assim, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, 3.ª ed. revista, Coimbra Editora, 1993, p. 193, e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Parte Geral I, Introdução e Teoria da Lei Penal*, 2.º ed. revista, Lisboa: Editorial Verbo, 2001, pp. 234-235).

pelo seu potencial aditivo dado o impulso para o jogo frenético, imprimem uma visão depreciativa do fenómeno do jogo, em que a «sorte» e «azar» quase perdem o significado de *alea*, para dar lugar ao significado de «fatalismo»²¹⁸ de perder ou ganhar.

É por isso que, e tendo por referência a ordem pública, o objeto da exploração também não é o jogador. A não ser assim, o explorador estaria em concurso de tantas infrações quantos jogadores fossem encontrados na prática do jogo de fortuna ou azar, o que implicaria recortar o bem jurídico em torno do património do jogador, o que, como já vimos, não se retira do espírito da norma, muito menos da sua letra. Tal teria como implicação a não consumação do tipo da exploração ilícita nos casos em que não se encontrasse ninguém a jogar.

No tipo penal da exploração ilícita, o agente do crime explora o desenvolvimento da modalidade de jogo de fortuna ou azar, pelo que, independentemente do número de jogos explorados em dado momento, comete apenas um crime de exploração ilícita de jogo²¹⁹, previsto e punido nos termos do n.º 1 do art. 108.º da LJ.

O tribunal deverá, a fim de evitar valorações moralizantes do jogo de azar, e de acordo com a teoria da adequação social, procurar que comportamentos são social e contemporaneamente adequados e adotados pela maioria. Deve fazê-lo, não numa perspectiva de derrogar o Direito Penal

²¹⁸ De entre vários acórdãos que entendem que se visa acautelar a perda de dinheiro ao jogo, interpretando assim os conceitos de «sorte» e «azar» numa perspetiva de «fatalismo», temos o ac. do TRP, de 27-02-2008, já referido, e ac. de 25-05-2011, rel. por Luís Teixeira, em www.dgsi.pt.

²¹⁹ Concordante, o ac. do TRP, de 06-04-2005, porém contra o ac. do TRE, de 04-03-2008, já referidos, em www.dgsi.pt. O crime é um facto voluntário cuja unidade decorre, entre outros motivos, da unidade da resolução voluntária, da unidade da ação do agente ou da unidade do evento (MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, ..., p. 267. Também, EDMUND MEZGER, *Derecho Penal, Parte General*, trad. Conrado A. Finzi, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, pp. 333-349). Tendo em conta que o crime de exploração ilícita é um crime de mera actividade, apenas releva a unidade do facto voluntário para concluir que estamos perante um único crime de não perante um concurso de crimes (assim, SANTIAGO MIR PUIG, *op. cit.*, pp. 661-665).

vigente, mas de operar uma interpretação restritiva do tipo penal²²⁰, pois recordamos que o jogo que não é a dinheiro não interessa ao mundo do Direito²²¹, e de igual modo assim o entende o cidadão comum.

6. O novo paradigma da exploração (ilícita) do jogo de fortuna ou azar: o jogo *online*

Um pouco por toda a Europa, os diversos EM têm adaptado as suas legislações a fim de regulamentarem a exploração e prática do jogo de azar em linha (jogo *online*)²²².

O nosso ordenamento jurídico, cuja política de exploração do jogo de azar sempre foi marcadamente proibicionista²²³, adotou recentemente, com o Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de abril, designado por Regime Jurídico dos Jogos e Apostas *Online*, um modelo semiliberal não mitigado. São agora permitidas formas de exploração *online* de jogos de fortuna ou azar e de alguns tipos de apostas.

Para o RJO, o jogo de fortuna ou azar é «aquele que implica o dispêndio de uma quantia em dinheiro e cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte»²²⁴. Vemos que não só o legislador pouco inovou quanto à definição vertida na LJ, como voltou a integrar o termo definido na definição. De novo, é necessário conjugar vários preceitos²²⁵ do diploma para dali retirar a fisiologia do jogo de fortuna ou azar explorado *online*.

²²⁰ Assim, FRANCISCO MUÑOZ CONDE e MERCEDEZ GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 272.

²²¹ ANTÓNIO PATACAS, «Jogos de Fortuna ou Azar», in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.ºs 202/204 (outubro – dezembro de 1975) e 205/207 (janeiro – março de 1976), em especial a p. 49 do segundo número.

²²² Caracterizando uma Europa em mudança, Espanha aprovou um regime para o jogo *online* – a *Ley 23/2011, de 27 de mayo*, – mantendo a tradição de descriminalização dos casos de jogo de fortuna ou azar.

²²³ RUI ANTUNES e SÍLVIA FRECHES, «Santa Casa vai controlar apostas desportivas», *Diário de Notícias* (27 de julho de 2012), n.º 52337, 2-6.

²²⁴ Al. n) do art. 4.º do RJO.

²²⁵ Art. 4.º, al. n), e art. 5.º, al. c), do RJO.

A criminalização da exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar vem agora disposta no art. 49.º do RJO²²⁶, sob a epígrafe «Exploração ilícita de jogos e apostas *online*», ao que se adicionam dois outros tipos penais de «Fraude nos jogos e apostas *online*» e de «Desobediência»²²⁷.

A exploração ilícita de jogo de azar *online* consiste, do mesmo modo que a versão de base territorial, num crime formal, pois o tipo preenche-se com a ação de exploração de jogo de azar. Como não requer uma lesão ao bem jurídico, nem a sua colocação em perigo, consiste num crime de perigo abstrato, tal como a sua versão na LJ, em que o perigo é motivação para a incriminação pelo cuidado de perigo gerado para o bem jurídico.

Pela mesma ordem de razões apontadas para a exploração ilícita de jogo da LJ, o bem jurídico na exploração ilícita de jogo *online* não se ergue em função dos interesses fiscais do Estado, de questões de promoção social, nem visa salvaguardar o regime de autorização regulamentada²²⁸.

Não obstante considerarmos que o RJO confere uma maior proteção aos jovens pela restrição da prática de jogo decorrente da obrigatoriedade de identificação nos sítios de *internet*, não é menos certo que o diploma, tal como a LJ, estatui com sanção administrativa a entidade exploradora que permita um menor²²⁹ jogar. Por conseguinte, não se nos afigura que o bem jurídico-penal, do tipo da exploração ilícita de jogo *online*, esteja moldado em razão da proteção da infância e da juventude, pelos motivos expostos para a exploração ilícita de jogo de base territorial.

O RJO também evidencia uma maior preocupação com os casos de adição ao jogo²³⁰. No entanto afigura-se-nos que a proteção conferida ao

²²⁶ Antes da entrada em vigor do atual RJO a conduta exploradora de jogo de fortuna ou azar *online* era, igualmente, criminalizada devido a uma proibição geral (arts. 3.º, n.º 1, e 9.º, n.ºs 1 e 2 da LJ).

²²⁷ Arts. 50.º e 51.º do RJO.

²²⁸ O RJO é, em bom rigor, contrário aos interesses dos casinos. Agora, quaisquer pessoas coletivas de direito privado, constituídas sob a forma de sociedade anónima ou equivalente e idóneas, podem candidatar-se a uma licença de exploração de jogo de fortuna ou azar *online* (art. 9.º, n.ºs 1 e 3 do RJO).

²²⁹ O RJO não estabelece uma idade, aplicando-se supletivamente os termos do CC que estabelece a menoridade em idade inferior aos 18 anos (art. 122.º do CC).

²³⁰ Art. 7.º, sob a epígrafe «Política de jogo responsável», e o art. 39.º, sobre a autoexclusão do jogador.

jogador surge como uma salvaguarda de não ser canalizado para os sítios *online* de exploração ilícita de jogo, e não como uma proteção ao património no sentido de ser um bem jurídico-penal a proteger, porquanto, além de as normas penais não deverem ter carácter paternalista, quando ocorra a violação da proibição de entrada de determinado jogador no sítio *online* o legislador sanciona o explorador com uma mera coima²³¹. O jogador tanto dispõe do seu património nos sítios *online* de exploração lícita como de exploração ilícita.

Estamos certos que, também no RJO, o bem jurídico-penal tutelado é a ordem pública. No espírito do legislador, aquando da criação do tipo de exploração ilícita, estarão os casos frequentes de engano nos sítios *online* de jogo de fortuna ou azar, que não sendo objeto de fiscalização permitem aos exploradores adulterar as regras e os processos de funcionamento dos jogos assegurando um resultado desfavorável ao jogador. Ora, consideramos que nos sítios *online* de exploração ilícita de jogo de azar, em que ocorra fraude no jogo, o explorador não incorre no tipo de ilícito de fraude nos jogos *online*, já que não deverá ser objeto de proteção uma realidade que é ilícita. Dito de outra forma, a prática ilícita de jogo em sítio *online* de exploração ilícita, que seja ludibriada por fraude nos jogos de azar, não merece tutela penal²³².

²³¹ Art. 57.º, n.º 1, al. a), do RJO.

²³² Com o RJO, o legislador descriminalizou os casos de prática «ilícita» de jogo *online*, que agora constituem contraordenações leves (art. 58.º, n.º2). É de difícil perceção a conformação constitucional do tipo do art. 110.º da LJ, porquanto não é possível, com referência à ordem pública, identificar um cuidado de perigo na conduta do jogador. É irrazoável entender que todos os jogadores, ou a sua maioria, iriam cometer ilícitos vários que atentassem contra a ordem pública. De *iure constituendo*, seria mais adequado a uma ideia de proteção do património um tipo penal que previsse uma condição objetiva da punibilidade em razão de uma grave disposição patrimonial (sobre as condições objetivas de punibilidade FREDERICO DA COSTA PINTO, *op. cit.*, p. 505 e ss, e IVO CARACCIOLI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Padova: CEDAM, 1998, pp. 347-350). Os jogadores, alguns motivados por um impulso que lhes tolda a razão, apenas aderem ao local de jogo e apostam o que têm até ao último centímo (quando à adição ao jogo v. B. R. BULGESKI, *Psicologia da Aprendizagem*, São Paulo: Editora Cultrix, 1977, p. 276, e ANTÓNIO CABRAL, *Teoria do Jogo*, Lisboa: Editorial Notícias, 1990, pp. 7, 9 e 10). Quanto ao ilícito da prática de jogo nos sítios *online* não autorizados à exploração, cabe referir que a opção legislativa pela sua condução à categoria de contraordenação revela-se mais coerente com a adequação social do fenómeno do jogo que deixa de ser encarado como um vício – enquanto categoria moral – para em alguns casos ser tido como uma adição sem substância – um transtorno mental (ENRIQUE

Para tutela da ordem pública, o art. 49.º do RJO prevê que a conduta típica se preenche quando: (i) ocorra exploração, bem como a promoção, a organização, ou o consentimento da exploração *online*, ou ainda disponibilização *online* em Portugal a partir de servidores situados fora do território nacional, (ii) de jogo de fortuna ou azar, (iii) sem autorização.

Dos elementos típicos expostos, apenas os relativos à conduta nos merecem algumas considerações. Vemos que, quando comparado com a versão de base territorial, o legislador alargou o campo de punibilidade no crime de exploração ilícita de jogo na versão *online*. Equipara à exploração, e para efeitos de punição, várias realidades distintas, como é o caso da simples promoção do jogo ou o mero organizador, bem como quem consinta na sua exploração. São punidas, com a mesma moldura penal abstrata, condutas que a nosso ver não revelam o mesmo cuidado de perigo para a ordem pública.

O promotor de jogo de azar pode ser, apenas, quem tenha um *site* e lá publicite um outro onde seja possível jogar, com a faculdade de através de um *link* poder direcionar para o sítio de jogo. Não só nos parece que tal conduta é distinta da conduta exploradora não autorizada de jogo, como ainda poderá suceder que o promotor desconheça a real situação do explorador de jogo, *v.g.*, encontrar-se com a licença caducada ou revogada. Neste caso promove uma exploração ilícita, desconhecendo este facto. Por esta razão, e sem precedentes na história do jogo de azar, o legislador prevê a punibilidade a título de negligência (n.º 2), já que poderíamos estar perante um caso de erro do tipo²³³.

ECHEBURÚA, *¿Adicciones... sin Drogas? Las Nuevas Adicciones: Juego, Sexo, Comida, Compras, Trabajo, Internet...*, 2.ª ed., Sevilla: Editorial Desclee De Brouwer, 2000, p. 15, e PEDRO HUBERT, psicólogo especializado em adição ao jogo, em entrevista de SÓNIA SIMÕES, «Todos os Dias Há um Jogador Compulsivo Proibido de Entrar no Casino», *Diário de Notícias* (29 de julho de 2012), n.º 52339, 8-9). Existe no jogo patológico, enquanto adição sem substância, um lugar paralelo com o consumo de produto estupefaciente, adição com substância, descriminalizado há pouco mais de uma década (assim, BLÁS BOMBÍN MÍNGUEZ, *El Juego de Azar. Patología e Testimonio*, Valladolid: Junta de Castilla y León, 1992, p. 29).

²³³ Primeira parte, do n.º 1, do art. 16.º do CP.

O n.º 1 do art. 49.º do RJO merece-nos algumas considerações quanto a perseguição penal dos casos de promoção, organização e consentimento da exploração de jogos *online*.

A primeira é que aquelas condutas para integrarem o tipo têm, necessariamente, como referente uma exploração ilícita, senão estaríamos a tutelar algo quando o potencial de perigo seria inexistente.

A segunda é de que a incriminação daquelas condutas depende da existência de uma atividade exploradora de jogo de azar *online*. No caso em que as condutas sejam contemporâneas da exploração, e pese embora o legislador tenha entendido expressamente prever tais condutas, consideramos que sempre estariam sob previsão legal por cumplicidade material, embora que com exclusão da conduta negligente²³⁴.

A questão agudiza-se, porém, no caso em que as condutas de promoção e consentimento precedam a conduta exploradora, máxime quanto esta não ocorra. Se a exploração ilícita de jogo *online* tiver lugar, a incriminação daquelas condutas corresponderá a um crime de perigo abstrato que surge por referência a outra incriminação – exploração ilícita – de perigo abstrato. Ora, acolhendo o que ficou dito para tipo penal da exploração ilícita de jogo de azar de base territorial, nomeadamente, quanto ao princípio da ofensividade e ao perigo ser a motivação para a incriminação, somos de considerar que o perigo para o bem jurídico ordem pública poder-se-á manifestar na conduta exploradora do jogo *online*, cuja incriminação já de si consiste numa antecipação da tutela ao bem jurídico-penal em causa. Todavia, procurar o cuidado de perigo em condutas que antecedam a exploração, e de que esta delas não depende, ainda que lhe acresçam exequibilidade, será anteceder a tutela penal para além da relação tensional exigida entre a conduta ofensiva e o bem jurídico a proteger. Por maioria de razão, tal também sucede nos casos em que nunca ocorra exploração ilícita.

²³⁴ Art. 27.º, n.º 1, do CP.

Não nos parece possível incriminar tais condutas sem ter como referente uma atual conduta exploradora ilícita²³⁵, porque só neste caso aumentam o cuidado de perigo da exploração ilícita²³⁶. Na hipótese em que a exploração seja futura e incerta, e sobretudo quanto à conduta promotora, entendemos que esta não possui, de *per si*, o potencial de pôr-em-perigo o bem jurídico ordem pública. Assim, e por referência ao tipo de garantia²³⁷ e ao princípio da intervenção mínima²³⁸, entendemos que a promoção, a organização e o consentimento, da exploração de jogos *online*, só podem ocorrer num quadro de uma exploração ilícita atual.

O legislador optou, ainda, por criminalizar a disponibilização da prática de jogo de azar *online* em Portugal a partir de servidores situados fora do território nacional²³⁹.

A exigência do RJO em que a exploração de jogos *online* só pode ser atribuída a sociedades anónimas que tenham sede, ou no mínimo sucursal em Portugal, consiste numa restrição à livre prestação de serviços e logo uma violação do art. 56.º TFUE, com prejuízo dos prestadores de serviços de outros Estados-Membros e dos destinatários dos serviços²⁴⁰. Importa contudo verificar que o TJ admite tais restrições a título de medidas derogatórias

²³⁵ Tais condutas, contrariamente à exploração, podem não ter um fim de lucro associado.

²³⁶ Anacrónica é ainda a opção pela redação do n.º 3 do art. 49.º, onde o legislador optou por expressamente punir a exploração ilícita a título tentado. Tal afigura-se uma redundância, já que a tentativa de ilícitos típicos, cuja moldura penal abstratamente aplicável seja superior a três anos, é sempre punível nos termos gerais (arts. 22.º, n.º 1 e 2, e 23.º, n.º 1, do CP).

²³⁷ No sentido de não se dever interpretar extensivamente a norma incriminadora, v. TEREZA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2.º vol., Lisboa: AAFDL, 1985 pp. 98-99.

²³⁸ Só as condutas que ponham um bem jurídico em perigo devem ser objeto do Direito Penal, v. FRANCISCO MUÑOZ CONDE e MERCEDEZ GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, pp.78-79. Com respeito ao princípio da subsidiariedade penal, e pela excessiva abstração face ao bem jurídico, o legislador deveria ter remetido tais condutas ao ilícito de mera ordenação social, já que vistas autonomamente são axiológico-socialmente neutras pela inexistência de um cuidado de perigo. Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, 2001, pp. 135-154, e «O Movimento da Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social», in Centro de Estudos Judiciários, *Jornadas de Direito Criminal: o Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Caxias: CEJ, 1983, pp. 315-336; e o art. 1.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, com alterações últimas da Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro.

²³⁹ Segunda parte do n.º 1 do art. 49.º do RJO.

²⁴⁰ N.º 14 do ac. Ladbroke, já referido.

expressamente previstas nos arts. 51.º e 52.º do TFUE²⁴¹ ou justificadas por razões imperiosas de interesse geral.

O art. 52.º, n.º 1, admite restrições justificas por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública. Por seu lado, a jurisprudência do TJ identificou um certo número de razões imperiosas de interesse geral suscetíveis de justificar igualmente tais restrições, como, por exemplo, a proteção dos consumidores, a prevenção da fraude e de incitação dos cidadãos a uma despesa excessiva ligada ao jogo e ainda a prevenção de perturbações da ordem social²⁴².

O TJ tem entendido que os Estados-Membros têm a faculdade de fixar, em função da própria escala de valores, os objetivos da sua política em matéria de jogos de fortuna ou azar, bem como de definir o nível de proteção pretendido. Mas as restrições devem ser proporcionais²⁴³ e servir para limitar o jogo de maneira coerente e sistemática²⁴⁴.

O RJO agora aprovado, apesar de invocar preocupações com a proteção dos menores, de evitar a fraude e o branqueamento de capitais e com a ordem pública, prevenindo o jogo excessivo e desregulado, bem como os comportamentos e práticas aditivas, admite conferir competitividade ao mercado português, pela atribuição de licenças a todas as entidades que reúnam determinados requisitos legais²⁴⁵.

Assim exposto, o RJO possui uma política expansionista do sector dos jogos de fortuna ou azar. No entanto, o TJ já admitiu que uma política expansionista desde que controlada pode ser coerente com o objetivo de atrair jogadores dos locais de jogo não autorizado, o que pode implicar a oferta de uma extensa gama de jogos²⁴⁶.

Atendendo às medidas derogatórias do art. 52.º, n.º 1, do TFUE e ao RJO não se identificam questões de segurança pública nem de saúde pública,

²⁴¹ Aplicáveis por força do art. 62.º TFUE.

²⁴² N.º 56 do ac. Santa Casa, de 8 de setembro de 2009, em <http://curia.europa.eu>.

²⁴³ N.º 48 do ac. Placanica e o., já referido.

²⁴⁴ N.º 75 do ac. Gambelli, já referido.

²⁴⁵ O 17.º e 18.º parágrafos do preâmbulo.

²⁴⁶ N.º 55 do ac. Placanica e o., já referido.

já que a proteção dos jogadores contra o vício do jogo é, em princípio, incompatível com uma política de expansão do jogo de fortuna ou azar. Tal expansão só pode ser compreendida num quadro de proteção aos consumidores se apenas se restringir à criação de novos jogos e à sua publicidade quando as atividades ilegais de exploração de jogo tenham já uma dimensão considerável²⁴⁷. Ora, além de não temos dados concretos sobre a dimensão da exploração ilícita de jogo de azar *online*, também nos parece ser distinta a política expansiva de jogo em que opera uma ou várias entidades em monopólio, daquelas em que operem um número sem fim de entidades em regime concorrencial²⁴⁸.

Na situação de várias empresas a explorar o jogo de azar, assistiremos a um incremento dos casos de publicidade e profusão da prática do jogo que em nada contribuirão para controlar os comportamentos e práticas aditivas dos jogadores. Em rigor, a prática ilícita de jogo *online* reduzir-se-á, mas isso nada tem que ver com o controlo dos casos de adição ao jogo.

Com referência ao perigo para a ordem pública, pela manifestação de práticas criminosas em torno do jogo, é admissível a criminalização da exploração ilícita. Mas isto é distinto de, com referência a esse argumento, se restringir uma liberdade consagrada no Direito da UE, porque tal implicaria dizer que os operadores situados em outros EM seriam permissivos a práticas criminosas só por não terem sede ou sucursal em Portugal.

Quanto às razões imperiosas de interesse geral, e com exceção da prevenção da fraude, justificam-se com a necessidade de reduzir as ocasiões de jogo²⁴⁹. Se a aprovação do RJO tiver tal fundamento, nada obstará à conformidade da segunda parte do n.º 1 do art. 49.º com o Direito dos Tratados.

²⁴⁷ N.º 30 do ac. Ladbroke, já referido.

²⁴⁸ O TJ é mais tolerante com as legislações que proíbem em absoluto, ou sujeitam a exploração do jogo de fortuna ou azar a um monopólio, do que quando permitem múltiplos operadores (NUNO PIÇARRA, «A Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em Matéria de Jogos de Fortuna ou Azar: Tendências, Tensões e Paradoxos», in *Desporto & Direito*, ano VIII, n.º 23, Coimbra Editora, Janeiro/Abril 2011, 165-225 (p. 222)).

²⁴⁹ N.º 66 do ac. Carmen Media, de 8 de setembro de 2010, em <http://curia.europa.eu>.

Acontece, porém, que não reconhecer o controlo feito por outros EM aos seus operadores nacionais de jogo de azar *online*, afastando o princípio do reconhecimento mútuo, é distinto de não se permitir que explorem em Portugal. Ao exigir-se que tenham aqui sede ou sucursal serve para efeitos de tributação do jogo no nosso ordenamento jurídico. Ora, o TJ tem entendido que quando um EM prossegue uma política de forte expansão do jogo de fortuna ou azar, com o objetivo principal de perceção fiscal ou de fundos, a restrição à livre prestação de serviços não é proporcional aos interesses a defender, nem limita de maneira coerente e sistemática os casos de jogo de fortuna ou azar, nem a adição ao jogo²⁵⁰.

Neste caso, o TJ refere que as liberdades fundamentais garantidas pelo Direito da UE – neste caso a livre prestações de serviços – não podem ser restringidas pelas legislações dos EM, mesmo pelas legislações penais²⁵¹.

Se o TJ for chamado a pronunciar-se sobre a conformidade do atual regime penal do RJO, e o Estado português não consiga justificar a violação ao Direito dos Tratados, poderá concluir que a norma portuguesa é injustificadamente contrária ao art. 56.º do TFUE, por não ser proporcional, coerente e sistemática²⁵². Por conseguinte, a violação ao regime penal não pode ser sancionada criminalmente.

²⁵⁰ N.º 28 do ac. Ladbroke's, já referido.

²⁵¹ N.º 49 do ac. Sjöberg, de 8 de junho de 2010, em <http://curia.europa.eu>.

²⁵² Connosco, ANTÓNIO CORDEIRO, «Acórdão do tribunal de Justiça de 6 de Março de 2007», in *Desporto & Direito*, ano V, n.º 13, Coimbra Editora, Setembro/Dezembro 2007, 119-150, (pp. 148-149), e, ANTHONY DAWES e KAI STRUCKMANN, «*Rien va Plus? Mutual Recognition and the Free Movement of Services in the Gambling Sector after the Santa Casa Judgment*», in *European Law Review*, vol. 35, n.º 2, April 2010, 236-264, p. 254. Ainda, defendendo que o TJ é cada vez mais exigente na violação da livre prestação de serviços, LUÍS SILVA MORAIS, «O Regime do Jogo e o Direito Económico Comunitário» in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, coord. Menezes cordeiro, et al., Coimbra: Almedina, 2008, 577-620, p. 614.

CONCLUSÕES

O jogo de fortuna ou azar era visto como algo maléfico, que afastava as pessoas da vida normal de trabalho, levando-as a perder a razão, a família, o património, a dignidade e a própria vida. Até a Igreja teve de tomar medidas proibicionistas, a fim de o clero não se envolver no jogo ilícito.

Às sociedades não restou outra opção senão proibir e punir severamente as atividades em torno do jogo ilícito. Perseguiam-se exploradores tavolageiros, jogadores e mesmo quem apenas se encontrasse em local de jogo ilícito. A visão pejorativa do jogo conduziu, inclusive, à punição dos casos de jogo de mera diversão nos dias sacros.

Incidu sobre o jogo uma tal carga moral que se constituíram tribunais eclesiásticos de foro misto, nos quais se julgavam homens comuns e membros do clero pela prática de jogo ilícito.

Convencido da impossibilidade de reprimir o jogo, o legislador avançou, em 1927, para um sistema de autorização regulamentada em que permite a exploração e prática do jogo em zonas de jogo determinadas.

Com esta medida o jogo deixou de ser ilícito, para manter apenas a categoria de jogo de fortuna ou azar. Ilícitas são agora as atividades não autorizadas em torno do jogo.

Ao longo deste texto procuramos estabelecer as linhas mestras para uma correta apreensão do conceito de jogo de fortuna ou azar, bem como dar luz a vários problemas com os quais a prática judiciária se depara na identificação do bem jurídico-penal protegido no crime de Exploração ilícita de jogo.

Assim, em face do Direito Penal vigente em torno do fenómeno do jogo de fortuna ou azar, as soluções que retirámos deste estudo consistem nas seguintes:

1. O conceito de jogo de fortuna ou azar é de complexa definição, requerendo uma delimitação segundo a sua fisiologia e por confrontação com as modalidades afins;
2. A fisiologia do jogo de fortuna ou azar compreende os seguintes elementos estruturantes: a livre vontade para a prática do jogo, a aposta, a *alea* (fortuna ou azar), o resultado e o prémio;
3. Para que um jogo se enquadre nas modalidades de jogo de fortuna ou azar é necessário que, positivamente, detenha todas as características – a fisiologia que propugnámos – do jogo de fortuna ou azar, de acordo com a definição do art. 1.º, e estrutura dos conceitos-tipo do art. 4.º, e, negativamente, não se enquadre no conceito das modalidades afins e estrutura dos respetivos conceitos-tipo do art. 159.º da LJ;
4. O legislador, ao instituir a autorização regulamentada, retirou ao jogo de fortuna ou azar a natureza de jogo ilícito para efeitos penais. Entender o jogo como algo de ilícito resulta da incompreensão do mesmo e levaria à impossibilidade de autorização da sua exploração;
5. A Exploração ilícita de jogo consiste na criação, com intenção de lucro, das condições materiais para a prática do jogo de fortuna ou azar, fora dos locais legalmente autorizados e referidos nos arts. 3.º, 6 e 7.º da LJ;
6. Recusando injunções constitucionais implícitas de criminalização, constatamos que a ordem e tranquilidade pública é o bem jurídico-penalmente protegido no crime de Exploração ilícita de jogo;
7. A Exploração ilícita de jogo consiste num crime de perigo abstrato, porquanto o perigo não é elemento do tipo, constituindo a motivação da incriminação;
8. O legislador erigiu uma tutela penal antecipada, justificável segundo o princípio da ofensividade, pelo cuidado de perigo para o bem jurídico ordem pública;

9. Porque o perigo se encontra implícito na conduta, admite-se a prova negativa do perigo aquando da impossibilidade absoluta de cuidado de perigo para a ordem pública.
10. O tribunal deverá afastar valorações moralizantes do jogo de fortuna ou azar, não remetendo os elementos de «sorte» e «azar» para um quadro de fatalismo de perda ao jogo, mas para o significado de aleatoriedade;
11. Com o recente RJO, o legislador proíbe condutas prévias à exploração ilícita de jogo *online*, cuja punição dependerá a existência de uma atual conduta exploradora ilícita de jogo;
12. A segunda parte do n.º 1 do art. 49.º do RJO é injustificadamente contrária ao art. 56.º do TFUE, por não ser proporcional, coerente e sistemática;
13. Finalmente, e constituindo limites ao regime de exclusivo, não teremos crime de Exploração ilícita de jogo: (i) quando o elemento do tipo não se encontrar preenchido, por faltarem os elementos normativos do tipo da exploração ilícita de jogo de fortuna ou azar e (i) quando a exploração do jogo ocorra num contexto de inocuidade ético-social, pela inexistência de um desvalor de cuidado de perigo.

BIBLIOGRAFIA

AAVV, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Figueiredo Dias (dir.), tomo I, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 480.

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008.

ALTMAN, ANDREW, *Arguing About Law: An Introduction to Legal Philosophy*, Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1996.

ANDRADE, ANSELMO DE, *Portugal Económico*, Lisboa: Manuel Gomes Editor, 1902.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA, «A Fraude Fiscal – Dez Anos Depois, ainda um “Crime de Resultado Cortado”?», in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. III, Coimbra Editora, 2009, 255-292.

BELEZA, TEREZA PIZARRO, *Direito Penal*, 2.º vol., Lisboa: AAFDL, 1985.

BELEZA, TEREZA PIZARRO e FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *O Regime Legal do Erro e as Normas Penais em Branco: Ubilex Distinguit*, Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

BINDING, KARL, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Deliktes*, vol. 1, Nordem und Strafgesetze, 3.^a ed., Leipzig: Felix Meiner, 1916, apud Fábio

Roberto D'Ávila, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, Coimbra Editora, 2005.

BOMBÍN MÍNGUEZ, BLÁS, *El Juego de Azar. Patología e Testimonio*, Valladolid: Junta de Castilla y León, 1992.

BULGESKI, B. R., *Psicologia da Aprendizagem*, São Paulo: Editora Cultrix, 1977.

BUTTARO, «Del Giuoco e della Scommessa», in *Comentario del Codice Civile (a cura de SCIALOJA e BRANCA)*, livro IV, 1959, p. 35 ss, apud ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Jogo e Aposta. Subsídios de Fundamentação Ética e Histórico-Jurídica*, Coimbra: Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, 1982.

CABRAL, ANTÓNIO, *Teoria do Jogo*, Lisboa: Editorial Notícias, 1990.

CABREIRA, THOMAZ, *O Algarve Económico*, Lisboa: Imprensa Libânio da Silva, 1918.

CAMPOS, MANUEL FONTAINE, *O Direito e a Moral no Pensamento de Friedrich Hayek*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2000.

CANOTILHO, GOMES e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, 3.^a ed. revista, Coimbra Editora, 1993.

CARACCIOLI, IVO, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Padova: CEDAM, 1998.

CARVALHO, AMÉRICO TAIPA DE, *Direito Penal. Parte Geral*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2011.

COELHO, VICTORINO, *A Fisiologia do Jogo*, Lisboa: Livraria Central, 1912.

CORREIA, EDUARDO, *Direito Criminal*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2007.

CLÍMACO, MARIA ISABEL NAMORADO, «Os Jogos de Fortuna e Azar – O Lazer Tolerado ou o “Vício” Legalizado?», in *Homenagem a José Guilherme Xavier de Basto*, org. de J. L. Saldanha Sanches e António Martins, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 469-495.

CORDEIRO, ANTÓNIO JOSÉ ROBALO, «Acórdão do tribunal de Justiça de 6 de Março de 2007», in *Desporto & Direito*, ano V, n.º 13, Coimbra Editora, Setembro/Dezembro 2007, 119-150.

COSTA, FARIA DA, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

CRESPO, JORGE, «Os Jogos de Fortuna ou Azar em Lisboa em Fins do Antigo Regime», *Revista de História Económica e Social*, N.º 8, Sá da Costa Editora, julho-dezembro de 1981, 77-94.

CUNHA, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA, «*Constituição e Crimes: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*», Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DAWES, ANTHONY e KAI STRUCKMANN, «*Rien va Plus? Mutual Recognition and the Free Movement of Services in the Gambling Sector after the Santa Casa Judgment*», in *European Law Review*, vol. 35, n.º 2, April 2010, 236-264.

D'ÁVILA, FÁBIO ROBERTO, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, Coimbra Editora, 2005.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal: Parte Geral*, tomo I, 2.º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. «O Movimento da Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social», in Centro de Estudos Judiciários, *Jornadas de Direito Criminal: o Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Caxias: CEJ, 1983, pp. 315-336.

_____. *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, 2001.

DIAS, SILVA, «Entre “Comes e Bebes”: Debate de Algumas Questões Polémicas no Âmbito da Proteção Jurídico-Penal do Consumidor (a Propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)», in RPCC, ano 8, 1998, 515-592.

DOCUMENTOS DO ARQUIVO HISTÓRICO da Câmara Municipal de Lisboa, Lisboa: Livro de Reis, 1957.

DORON, ROLAND e FRANÇOISE PAROT, *Dicionário de Psicologia*, Lisboa: CLIMEPSI Editores, 2001.

DOSTOIÉVSKI, FIÓDOR, *O Jogador*, trad. de Nina Guerra e Filipe Guerra, 7.^a ed., Lisboa: Editorial Presença, 2012.

DUARTE, LUÍS MIGUEL, *Justiça e Criminalidade no Portugal Medieval (1459-1481)*, Lisboa: Função para a Ciência e a Tecnologia, 1999.

DUARTE, RUI PINTO, «O jogo e o Direito», in *Thémis*, ano II, n.º 3, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2001.

ECHEBURÚA, ENRIQUE, *¿Adicciones... sin Drogas? Las Nuevas Adicciones: Juego, Sexo, Comida, Compras, Trabajo, Internet...*, 2.ª ed., Sevilla: Editorial Desclee De Brouwer, 2000.

ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *Los Contratos de Juego y Apuesta*, Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1996.

ENCICLOPEDIA Universal Ilustrada Europeo-Americana, tomo XXVIII, segunda parte, Bilbao: Espasa-Calpe, S. A., 1926.

FATELA, NUNO RICARDO DA FONSECA ABREU, *O Jogo Digital como Modelo da Crítica Social*, Tese de mestrado inédita, Lisboa: Universidade Lusófona, 2008.

FERNANDES, CONDE, «Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro», in PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE e JOSÉ BRANCO (org.), *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, vol. II, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

FERREIRA, CAVALEIRO DE, *Direito Penal Português: Parte Geral I*, Lisboa: Editorial Verbo, 1981.

_____. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*, 4.ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1992.

FIÚZA, MÁRIO, *Elucidário das Palavras, Termos e Frases*, vol. II, Porto: Livraria Civilização Editora, 1983.

FRAZÃO, FERNANDA, *No Tempo em que Jogar às Cartas era Proibido, Séculos XV e XVI em Portugal*, Lisboa: Apenas Livros, 2003.

FRIAS, AUGUSTO MANUEL MASSA, *Jogos de Fortuna ou Azar: A Razão de ser de um Monopólio do Estado*, Tese de mestrado inédita, Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2007.

GANDRA, MANUEL J., «Cartas de Jogar», *Boletim Cultural 2003*, Mafra: Câmara Municipal de Mafra, 2004.

GARCIA-PABLOS, ANTÓNIO, *Derecho Penal*, Madrid: Universidad Complutense, 1995.

GAROFALO, R., *Criminologia, Estudo sobre o Delicto e a Repressão Penal*, trad. Júlio de Matos, 3.^a ed., Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1916.

GONÇALVES, ANTÓNIO, *Leis Extravagantes Collegidas e Relatadas pelo Licenciado Duarte Nunez do Liam per Mandado do Muito Alto & Muito Poderoso Rei Dom Sebastiam Nosso Senhor*, Lisboa: edição de autor, 1569.

GRANDE ENCICLOPÉDIA Portuguesa e Brasileira, vol. XXX, Lisboa e Rio de Janeiro: Editorial Enciclopédia, s.d., p. 842.

GUALAZZINI, UGO, «Guiochi e Scommesse (Storia)», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, Milano: Giuffrè Editore, 1970.

HASSEMER, WINFRIED, «¿Puede Haber Delitos que no Afecten a un Bien Jurídico Penal?», in ROLAND HEFENDEHL (ed.), *La Teoria del Bien Jurídico ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, 95-104.

HESPANHA, ANTÓNIO, «O Poder Eclesiástico. Aspectos Institucionais», in JOSÉ MATTOSO (Org.), *História de Portugal*, vol. IV, Lisboa: Estampa, 1993.

HIRSCH, HANDREW VON, «El Concepto del Bien Jurídico y el “Pincípio del Daño”, in ROLAND HEFENDEHL (ed.), *La Teoria del Bien Jurídico ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, 37-52.

HUIZINGA, JOHAN, *Homo Ludens: o Jôgo como Elemento da Cultura*, trad. de João Paulo Monteiro, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1971.

LAFAILLE, JEAN-MARC y GUY SIMONIS, *El Juego Diseccionado: Un Análisis Conceptual sobre los Juegos de Azar*, trad. Ana López de Lemos y Gallego, Madrid: Instituto de Política y Gobernanza/Universidad Carlos III, 2005.

LA GRANDE ENCYCLOPÉDIE, vol. 11, Paris: Librairie Larousse, 1974.

LEAL, TAVARES, *As Casas de Jogo e a Rusga*, Lisboa: Livraria Avellar Machado, 1888.

LENEUF, FABIENNE PÉRALDI, «La Cour de Justice et la Libéralisation des Jeux en Ligne: L'exigence de Cohérence: A Propos de l'arrêt *Santa Casa*», in *RTDeur.*, Revue trimestrielle de droit européen, n.º 1-2010, 7-29.

LIMA, PIRES DE e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 3.ª ed. rev. e act., Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

- LISBOA, PEDRO NUNO SAMPAIO DA NÓVOA, *“Jugar, Jugando”: Discursos sobre o Jogo de Sociedade em Finais do Antigo Regime (1700-1825)*, Tese de mestrado inédita, Lisboa: Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, 2006.
- LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, *El Contrato de Juego y Apuesta en el Ámbito Civil*, Navarra: Editorial Aranzadi, 2011.
- MANTOVANNI, FERRANDO, *Diritto Penale, Parte Generale*, 3.^a ed., Padova: CEDAM, 1999.
- MARQUES, A.H. DE OLIVEIRA (Dir.), *A Liga de Paris e a Ditadura Militar (1927-1928): A Questão do Empréstimo Externo*, Lisboa: Publicações Europa-América, 1976.
- MEZGER, EDMUND, *Derecho Penal, Parte General*, trad. Conrado A. Finzi, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.
- MONIZ, EGAS, *História das Cartas de Jogar*, Lisboa: Apenas, 1998.
- MONTERO OLMEDO, ALBERTO, *Derecho e Moral, Estudio Introductorio*, México: Facultad de Derecho Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- MORAIS, LUÍS SILVA, «O Regime do Jogo e o Direito Económico Comunitário» in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, coord. Menezes cordeiro, et al., Coimbra: Almedina, 2008, 577-620.

MOREIRA, FERNANDO AZEVEDO, «Conceitos Indeterminados: sua Sindicabilidade Contenciosa», in *Revista de Direito Público*, n.º 1, Ano I, Lisboa: Vulgus Editora, Novembro 1985.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y MERCEDEZ GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

NÉRAUDAU-D'UNIENVILLE, EMMANUELLE, *Ordre Public et Droit des Étrangers en Europe*, Bruxelles: Bruylant, 2006.

ORDENAÇÕES AFONSINAS, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

ORDENAÇÕES DEL-REI D. Duarte, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

ORDENAÇÕES MANUELINAS, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

OXFORD ADVANCED Learner's Dictionary, sixth ed., Oxford University Press, 2000.

PALAZZO, «Indagini Stotiche sui Delitti e sulle Pene: I Giuochi D'azzardo», in *Revista di Diritto Penitenziario*, 1934, p. 39, *apud* CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Jogo e Aposta. Subsídios de Fundamentação Ética e Histórico-Jurídica*, Coimbra: Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, 1982.

PATACAS, ANTÓNIO, «Jogos de Fortuna ou Azar», in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.ºs 202/204 (outubro – dezembro de 1975) e 205/207 (janeiro – março de 1976).

PEREIRA, GABRIEL, *Documentos Históricos da Cidade de Évora*, vol. III, s.l., Typographia Economica de José d'Oliveira, 1887.

PEREIRA, RUI, *O Dolo de Perigo*, Lisboa: LEX, 1995.

PERTILE, ANTONIO, *Storia del Diritto Italiano: Dalla Caduta dell Impero Romano alla Codificazione*, vol. V, Torino: Unione Tipografico Editrice, 1892.

PIÇARRA, NUNO, «A Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em Matéria de Jogos de Fortuna ou Azar: Tendências, Tensões e Paradoxos», in *Desporto & Direito*, ano VIII, n.º 23, Coimbra Editora, janeiro/abril 2011, 165-225.

PINHEIRO, JANUÁRIO, *Lei do Jogo. Anotada e Comentada*, Coimbra: Almedina, 2006.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Jogo e Aposta. Subsídios de Fundamentação Ética e Histórico-Jurídica*, Coimbra: Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, 1982.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a ed. act., Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

- PINTO, FEDERICO AUGUSTO GAIO DE LACERDA DA COSTA, *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, tomo I e II, Coimbra: Almedina, 2013.
- PIOLETTI, GIOVANNI, «Giuochi Vietati», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, Milano: Giuffrè Editore, 1970.
- PRATA, ANA, *Dicionário Jurídico*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2006.
- REGIMENTO DAS ALFÂNDEGAS, dos Desportos Secos, Molhados & Vedados*, Lisboa: Officina de Valetim da Costa Deslandes, 1705.
- RAMIS REBASSA, MARIA DE LOURDES, *Régimen Jurídico del Juego*, Madrid: Ediciones Jurídicas Marcial Pons, 1992.
- RENTO, ALTINA e ABEL LAUREANO, *Direito do Jogo: Legislação Anotada*, Lisboa: Quid Juris?, 1991.
- RESENDE, GARCIA DE, *Crónica de D. João II e Miscelânea*, Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1973.
- ROHLAND, WOLDEMOR VON, *Die Gefah Im Strafrecht*, Dorpat, 1886, *apud*, RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo*, Lisboa: LEX, 1995.
- ROQUE, VASCO ANTÓNIO VILARES, *A Lei do Jogo e Seus Regulamentos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Editorial Civitas, 2001.

SAMPAIO, FRANCISCO COELHO DE SOUZA E, *Prelecções de Direito Patrio Publico e Particular, Oferecidas ao Serenissimo Senhor D. Joaõ Principe do Brasil*, 1.^a e 2.^a parte, Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1793.

SCHRÖDER, HORST, «Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?», *JZ*, 1967, *apud* Fábio Roberto D'Ávila, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, Coimbra Editora, 2005.

SHÜNEMANN, BERND, «Las Reglas de la Técnica em Derecho Penal», in *Anuario de Derecho Penal y Ciências Penales*, tomo 47, fasc. 3, Madrid: Ministério de Justiça e Interior, Centro de Publicaciones, 1994, 307-341.

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Penal Português. Parte Geral I. Introdução e Teoria da Lei Penal*, 2.º ed. revista, Lisboa: Editorial Verbo, 2001.

_____. *Direito Penal Português. Parte Geral II. Teoria do Crime*, Lisboa: Editorial Verbo, 1998.

_____. *Direito Penal Português. Teoria do Crime*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1992.

SILVA, NUNO ESPINOSA GOMES DA, *Livro das Leis e Posturas*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1971.

SILVA, REBELO DA, *História de Portugal nos Séculos XVII e XVIII*, tomo V, Lisboa: Imprensa Nacional, 1971.

SOUSA, ANTÓNIO FRANCISCO DE, *Direito de Reunião e de Manifestação*, Lisboa: Quid Juris?, 2009

TEIXEIRA, NORBERTO, *O Projecto de Lei Sobre a Regulamentação do Jogo em Portugal*, Porto: Encyclopædia Portuguesa Illustrada, 1909.

THE NEW ENCYCLOPAEDIA Britannica, vol. 7, U.S.A.: William Benton Publisher, 1974.

VALSECCHI, EMILIO, «Guiochi e Scommesse (dir. civ.)», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, Milano: Giuffrè Editore, 1970.

VAQUINHAS, IRENE, *Nome de Código “33856”: Os “Jogos de Fortuna ou Azar” em Portugal entre a Repressão e a Tolerância (De Finais do Século XIX a 1927)*, Lisboa: Livros Horizonte, 2006.

VASQUES, SÉRGIO, *Os Impostos do Pecado: o Álcool, o Tabaco, o Jogo e o Fisco*, Coimbra: Almedina 1999.

FONTES DOCUMENTAIS

Diário da Câmara dos Deputados, n.º 75, sessão de 25 de maio de 1900, em <http://debates.parlamento.pt/>.

Diário da Câmara dos Deputados, 12.º e 18.º sessões, em 17 e 26 de outubro de 1906, *ibidem*.

Câmara dos Dignos Pares do Reino, 28.^a sessão, em 21 de novembro de 1906, *ibidem*.

Diário da Câmara do Senhores Deputados, 64.^a sessão, em 11 de agosto de 1908, em www.parlamento.pt.

Diário da Câmara do Senhores Deputados, 34.^a sessão, em 24 de julho de 1909, *ibidem*.

Diário da Câmara do Senhores Deputados, 35.^a sessão, em 26 de julho de 1909, *ibidem*.

Diário da Câmara dos Deputados, 14.^a e 17.^a sessões, em 20 e 22 de dezembro de 1911, *ibidem*.

Diário da Câmara dos Deputados, 20.^a, 30.^a e 31.^a sessões, em 08, 09 e 11 de janeiro de 1912, *ibidem*.

Diário da Câmara dos Deputados, 58.^a sessão, em 26 de fevereiro de 1912, *ibidem*.

Diário da Câmara dos Deputados, 155.^a sessão, em 02 de julho de 1912, *ibidem*.

Diário da Câmara dos Deputados, 87.^a e 88.^a sessões, em 28 de março e 11 de abril de 1912, *ibidem*.

Diário da Câmara dos Deputados, 75.^a sessão ordinária do 3.º período da primeira legislatura, em 21 de abril de 1913, *ibidem*.

Diário da Câmara dos Deputados, 136.^a sessão, em 27 de julho de 1923, *ibidem*.

Diário da Câmara do Deputados, 85.^a sessão, em 19 de maio de 1924,
ibidem.

Diário da Assembleia da República, I Série, n.º 46, de 4 de abril de 1979,
ibidem.

Livro Verde: Sobre o Jogo em Linha no Mercado Interno, da Comissão Europeia, Bruxelas: de 24-03-2011, em www.infoeuropa.euroid.pt.

JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA CITADA

Tribunal Constitucional

Acórdão de 6-11-1991, n.º 426/91, proc. n.º 183/90, rel. por Sousa e Brito,
em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

Acórdão de 27-02-2002, n.º 99/02, proc. n.º 482/01, rel. por Luís Nunes de Almeida, *ibidem*.

Acórdão de 18-06-2008, n.º 323/2008, proc. n.º 675/07, rel. por Ana Guerra Martins, *ibidem*.

Acórdão de 16-02-2011, n.º 95/2011, proc. n.º 103/09, rel. por Ana Guerra Martins, *ibidem*.

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 23-04-1954, proc. n.º 55846/1, rel. por Beça de Aragão em INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *O Vício do Jogo como Fundamento de Divórcio*, Lisboa: Jornal do Fôro, 1959.

Acórdão de 05-09-2007, proc. n.º 07P1125, rel. por Pires da Graça, em www.dgsi.pt.

Acórdão de 28-11-2007, proc. n.º 07P3186, rel. por Henriques Gaspar, *ibidem*.

Acórdão de 27-02-2008, proc. n.º 08P293, rel. por n.º Henriques Gaspar, *ibidem*.

Acórdão de 25-06-2008, proc. n.º 06P1398, rel. por Souto de Moura, *ibidem*.

Acórdão de 13-07-2009, n.º 08P3702, rel. por Souto de Moura, *ibidem*.

Acórdão de 04-02-2010, proc. n.º 08P2485, rel. por Rodrigues da Costa, *ibidem*.

Acórdão de 07-07-2010, proc. n.º 893/01.4TALSD.S1, rel. por Souto de Moura, *ibidem*.

Acórdão n.º 1/2013, de 15-11-2012, proc. n.º 1187/09.2TDLSB.L2-A.S1-3.^a, rel. por Henriques da Graça, publicado no *Diário da República*, 1.^a série, n.º 4, de 7 de janeiro de 2013.

Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão de 01-02-2006, proc. n.º 2324/05, rel. por Elisa Sales, em www.dgsi.pt.

Acórdão de 01-02-2007, proc. n.º 1/05.2FDCBR.C1, rel. por Jorge Dias, *ibidem*.

Acórdão de 16-05-2007, proc. n.º 19/05.5FDCBR.C1, rel. por Gabriel Catarino, *ibidem*.

Acórdão de 09-04-2008, proc. n.º 24/05.1FANZR.C1, rel. por Orlando Gonçalves, *ibidem*.

Acórdão de 02-10-2013, proc. n.º 105/11.2IDCBR.C1, rel. por Jorge Dias, *ibidem*.

Tribunal da Relação de Évora

Acórdão de 08-03-2005, proc. n.º 3036/04-1, rel. por António Pires Henriques da Graça, em www.dgsi.pt.

Acórdão de 11-07-2006, proc. n.º 1254/06-1, rel. por Ribeiro Cardoso, *ibidem*.

Acórdão de 07-02-2007, proc. n.º 8653/2006-3, rel. por Carlos de Sousa, *ibidem*.

Acórdão de 04-03-2008, proc. n.º 1432/07-1, rel. por Guilhermina de Freitas, *ibidem*.

Acórdão de 03-06-2008, proc. n.º 421/08-1, rel. por João Gomes de Sousa,
ibidem.

Acórdão de 10-03-2009, proc. n.º 1678/07-1, rel. por Proença da Costa,
ibidem.

Acórdão de 28-02-2012, proc. n.º 468/06.1GFSTB.E1, rel. por Ana Barata
Brito, *ibidem*.

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão de 21-04-1998, proc. n.º 0009495, rel. por Isabel Martins, em
www.dgsi.pt.

Acórdão de 26-10-2005, proc. n.º 7610/2005-3, rel. por Carlos Almeida,
ibidem.

Acórdão de 29-06-2006, proc. n.º 3381/2006-5, rel. por Simões de Carvalho,
ibidem.

Acórdão de 26-09-2006, proc. n.º 3381/2006-5, relatado por Simões de
Carvalho, *ibidem*.

Acórdão de 31-01-2007, proc. n.º 9598/2006-3, rel. por Rodrigues Simão,
ibidem.

Acórdão de 16-10-2007, proc. n.º 2728/2007-5, rel. por Agostinho Torres,
ibidem.

Acórdão de 07-11-2007, proc. n.º 5955/2007-3, rel. por Moraes Rocha, *ibidem*.

Acórdão de 25-06-2006, proc. n.º 358/08.3ECLSB.L1-9, rel. por Fátima Mata-Mouros, *ibidem*.

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão de 24-05-1995, proc. n.º 9510252, rel. por Matos Manso, em www.dgsi.pt.

Acórdão de 29-09-1999, proc. n.º 9910508, rel. por Milheiro de Oliveira, *ibidem*.

Acórdão de 26-04-2000, proc. n.º 9941112, rel. por Dias Cabral, *ibidem*.

Acórdão de 21-02-2001, proc. n.º 0040968, rel. por Francisco Marcolino, *ibidem*.

Acórdão de 14-08-2001, proc. n.º 0011366, rel. por Esteves Marques, *ibidem*.

Acórdão de 25-09-2002, proc. n.º 0210716, rel. por Clemente Lima, *ibidem*.

Acórdão de 14-04-2004, proc. n.º 0342218, rel. por Teixeira Pinto, *ibidem*.

Acórdão de 06-04-2005, proc. n.º 0240988, rel. por José Adriano, *ibidem*.

Acórdão de 21-02-2007, proc. n.º 0617238, rel. por Joaquim Gomes, *ibidem*.

Acórdão de 26-09-2007, proc. n.º 0742168, rel. por Ernesto Nascimento, *ibidem*.

Acórdão de 27-02-2008, proc. n.º 0716981, rel. por Francisco Marcolino, *ibidem*.

Acórdão de 21-05-2008, proc. n.º 0812492, ambos rel. por Joaquim Gomes, *ibidem*

Acórdão de 02-07-2008, proc. n.º 0842841, rel. por Artur Oliveira, *ibidem*.

Acórdão de 25-05-2011, proc. n.º 34/09.0FAPRT.P1, rel. por Luís Teixeira, *ibidem*.

Acórdão de 08-02-2012, proc. n.º 398/10.2SLPRT.P1, rel. por Maria do Carmo Silva Dias, *ibidem*.

Acórdão de 28-03-2012, proc. n.º 1237/09.2GAVNF.P1, rel. por Carlos Espírito Santo, *ibidem*.

Acórdão de 04-02-2015, proc. n.º 60/10.6PEMTS.P1, rel. por Neto de Moura Santo, *ibidem*.

JURISPRUDÊNCIA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Acórdão Regina proc. Regina contra Pierre Bouchereau, n.º 30/77, de 27 de outubro de 1977, em <http://curia.europa.eu>.

Acórdão Rienks, proc. n.º 5/83, de 15 de dezembro de 1983, *ibidem*.

Acórdão Schindler, proc. Her Majesty's Customs and Excise contra Gerhardt Schindler e Jörg Schindler, C-275/92, de 24 de março de 1994, *ibidem*.

Acórdão ICI, proc. C-264/96, de 16 de julho de 1998, *ibidem*.

Acórdão Calfa, proc. C- 348/96, de 19 de janeiro de 1999, *ibidem*.

Acórdão Läärä, proc. Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd e Oy Transatlantic Software Ltd contra Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) e Suomen valtio (Estado finlandês), C-124/97, de 21 de setembro de 1999, *ibidem*.

Acórdão Zenatti, proc. Questore di Verona contra Diego Zenatti, C-67/98, de 21 de outubro de 1999, *ibidem*.

Acórdão Danner, proc. C-136/00, de 23 de outubro de 2002, *ibidem*.

Acórdão Gambelli e o., proc. Pergio Giorgio Gambelli e o., C-243/01, de 6 de novembro de 2003, *ibidem*.

Acórdão Placanica, proc. Massimiliano Placanica, Christian Palazzese e Angelo Sorricchio, C-338/04, C-359/04 e C-360/04, de 6 de março de 2007, *ibidem*.

Acórdão Santa Casa, proc. Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International Ltd contra Departamento de Jogos da Santa Casa de Misericórdia de Lisboa, C-42/07, de 8 de setembro de 2009, *ibidem*.

Acórdão Sjöberg, proc. Otto Sjöberg e Anders Gerdin, apensos C- 447/08 e C-448/08, de 8 de junho de 2010, *ibidem*.

Acórdão Stoß e o., proc. Markus Stoß, Avalon Service-Online-Dienste GmbH e Olaf Amadeus Wilhelm Happel contra Wetteraukreis, C-316/07, C-409/07 e C-410/07, Kulpa Automatenservice Asperg GmbH, SOBO Sport & Entertainment GmbH e Andreas Kunert contra Land Baden-Württemberg, C-358/07, C-359/07 e C-360/07, apensos de 8 de setembro de 2010, *ibidem*.

Acórdão Carmen Media, proc. Carmen Media Group Ltd contra Land Schleswig-Holstein e Innenminister des Landes Schleswig-Holstein, C-46/08, de 8 de setembro de 2010, *ibidem*.

Acórdão Zeturf, proc. Zeturf Ltd contra Premier ministre, C-212/08, de 30 de junho de 2011, *ibidem*.

Acórdão Dickinger e Ömer, proc. Staatsanwaltschaft Linz contra Jochen Dickinger e Franz Ömer, C-347/09, de 15 de setembro de 2011, *ibidem*.

LEGISLAÇÃO PORTUGUESA CITADA

Código Penal de 1852, aprovado por Decreto de dezembro (revogado).

Código Penal de 1886, aprovado por Decreto de 16 de setembro (revogado).

Decreto n.º 14.643, de 03 de dezembro de 1927 (revogado).

Decreto n.º 14708, de 10 de dezembro de 1927, alterado pelo Decreto n.º 16416, de 25 de janeiro de 1929 (revogado).

Portaria n.º 5:154, 16 de janeiro de 1928, revogada pela Portaria n.º 6:391, de 7 de setembro de 1929, e depois ripristinada pela Portaria n.º 6:754, de 17 de março de 1930, e de novo revogada pela Portaria n.º 7:094, 29 de abril de 1931.

Decreto-Lei n.º 41562, de 18 de março de 1958, alterado pelos Decretos-Lei n.º 45798, de 7 de julho de 1964, e n.º 47623, de 3 de abril de 1967 (revogado).

Decreto-Lei n.º 48912, de 18 de março, de 1969, alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 82/83, de 11 de fevereiro, e 22/85, de 17 de janeiro (revogado).

Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 356/89, de 17 de outubro, 244/95, de 14 de setembro, 323/2001, de 17 de fevereiro, e Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro.

Lei n.º 422/89, de 2 de dezembro, com as alterações introduzidas pela Declaração de Retificação de 30 de dezembro de 1989, pelo Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de janeiro, pela Lei n.º 28/2004, de 16 de julho, pelo Decreto-Lei n.º 40/2005, de 17 de fevereiro, pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 114/2011, de 30 de novembro, e 64/2015, de 29 de abril, aprova a «Lei do Jogo».

Portaria n.º 461/2001, de 8 de maio (revogada).

Lei n.º 15/2001, de 05 de junho, com alterações últimas pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro.

Portaria n.º 39/2004, de 12 de janeiro.

Portaria n.º 217/2007, de 26 de fevereiro.

Lei n.º 66/2015, de 29 de abril, aprova o «Regime Jurídico dos Jogos e Apostas *Online*».

LEGISLAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA

Diretiva 96/19/CE, de 13 de março de 1996, concorrência nos mercados das telecomunicações.

Diretiva 97/13/CE, de 10 de abril de 1997, relativa aos serviços de telecomunicações.

Diretiva 97/66/CE, de 15 de dezembro de 1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das telecomunicações.

Diretiva 2000/31/CE, de 8 de junho, relativa ao comércio eletrónico.

Diretiva 2006/123/CE, de 12 de dezembro, relativa aos serviços no mercado interno.

PERIÓDICOS

ANTUNES, RUI PEDRO e SÍLVIA FRECHES, «Santa Casa vai Controlar Apostas Desportivas», *Diário de Notícias* (27 de julho de 2012), n.º 52337, 2-6.

HUBERT, PEDRO, «Todos os Dias Há um Jogador Compulsivo Proibido de Entrar no Casino», *Diário de Notícias* (29 de julho de 2012), n.º 52339, 8-9.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – DO JOGO DE FORTUNA OU AZAR: FISIOLOGIA E DELIMITAÇÃO	3
1. Enquadramento	3
2. Conceito de jogo de fortuna ou azar	4
2.1. A fisiologia do jogo	6
2.1.1 Livre vontade	7
2.1.2 Jogo e aposta	7
2.1.3 A aleatoriedade: a fortuna e o azar	10
2.1.4 O prémio	15
2.2. Delimitação negativa do jogo de fortuna ou azar: as modalidades afins	17
CAPÍTULO II – REGIME JURÍDICO DO JOGO DE FORTUNA OU AZAR	25
3. Contextualização	25
4. O regime jurídico do jogo em Portugal	26
4.1. Das casas de tabolagem aos casinos: da repressão à tolerância	26
4.2. Do regime de exclusivo: a autorização regulamentada	30
CAPÍTULO III – O ATUAL PARADIGMA NOS JOGOS DE CASINO	38
5. O crime de exploração ilícita de jogo de fortuna ou azar	39
5.1. A exploração ilícita	39
5.2. O bem jurídico tutelado	45
5.2.1. Identificação e delimitação do bem jurídico: limite à moralização do Direito Penal do jogo	47
5.3. Limites ao regime de exclusivo	58
5.3.1. O crime de perigo abstrato de exploração ilícita de jogo à luz da teoria do bem jurídico: legitimidade constitucional e relevância do princípio da ofensividade	58
5.3.2. O preenchimento dos elementos objetivos do tipo: (a)moralidade do Direito Penal do jogo	69
6. O novo paradigma da exploração (ilícita) do jogo de fortuna ou azar: o jogo <i>online</i>	75
CONCLUSÕES	84
BIBLIOGRAFIA	87